Die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Siegfried Blank

aus London.

Approbiert am 2. Mai 1911.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1911.

30

Referent: Universitäts-Professor Dr. Oertmann

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543505_0092

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. A. Einleitung 1

§ 2. B. Die Einwendungen in der geschichtlichen Entwicklung der Zwangsvollstreckung.

I. Römisches Recht 2

§ 3. II. Germanisches Recht 4

§ 4. III. Gemeines Recht 5

§ 5. IV. Hannoveranischer Prozeß 7

§ 6. V. Hannoveranischer Entwurf einer Prozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten 9

§ 7. VI. Preußischer Prozeß und Entwurf 10

§ 8. VII. Der norddeutsche Entwurf 11

§ 9. C. Die Einwendungen im Zwangsvollstreckungsverfahren nach der Zivilprozeßordnung 12

I. Einwendungen, welche den Privatrechtsanspruch betreffen.

II. Einwendungen gegen die Vollstreckungsklausel.

a) Gegen ihre Zulässigkeit (formelle Einwendungen).

b) In Gestalt der Bestreitung des bei Erteilung der Vollstreckungsklausel angenommenen Eintritts der Voraussetzung für diese Erteilung.

III. Einwendungen gegen Art und Weise des Verfahrens.

D. Der Inhalt des § 767 ZPO. und die sich hinsichtlich seiner Auslegung ergebenden Fragen. — Name der Klage aus § 767 ZPO.

§ 10. E. Die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage 14

I. Stellung des Gesetzestextes und der Motive.

II. Die durch den Vollstreckungstitel begründete Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger, Schuldner und Staat.

§ 11. a) Der „Vollstreckungsanspruch", inbesondere auch die Frage nach den subjektiven öffentlichen Rechten . . . 15

§ 12. b) Die Frage nach der privatrechtlichen Unrechtmäßigkeit der publizistisch rechtmäßigen Vollstreckungshandlung 23

§ 13. III. Der Gegenstand der Vollstreckungsgegenklage.

a) Der Privatrechtsanspruch als Klagegegenstand 37

b) Der vollstreckbare Titel als Klagegegenstand 40

Seite

c) Die Zwangsvollstreckung als Gegenstand der Vollstreckungsgegenklage.
1. Die einzelne Vollstreckungsmaßregel 41
2. Der Vollstreckungsanspruch 42

§ 14. IV. Der Meinungsstreit über die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage.
a) Die Vollstreckungsgegenklage als Klage eigner Art . . 42
b) Die Vollstreckungsgegenklage als Leistungsklage . . . 44
c) Die Vollstreckungsgegenklage als negative Feststellungsklage 47
d) Die Vollstreckungsgegenklage als Klage auf rechtsgestaltendes Urteil 52

§ 15. V. Stellung des Verfassers zur Frage 59

§ 16. F. Die Voraussetzungen des § 767 ZPO.
I. Die Einwendungen 61
II. Zeitliche Begrenzung des Rechts zur Erhebung der Vollstreckungsgegenklage durch den Stand der Zwangsvollstreckung 61
III. Keine Verjährung der Klage 71

§ 17. G. Die Geltendmachung der Einwendungen durch Vollstreckungsgegenklage im Prozeß.
I. Zuständigkeit 72
II. Klagegrund, Klageänderung 74
III. Klageantrag 75

§ 18. H. Stellung der Vollstreckungsgegenklage im System der Zivilprozeßordnung.
I. Zur Berufung und Revision 75
II. Zur negativen Feststellungsklage betreffend den Privatrechtsanspruch 81
III. Vergleich mit der Umwandlungsklage aus § 323 ZPO. . . 85

§ 19. J. Verhältnis der Vollstreckungsgegenklage zur Klage aus §§ 812 ff. und §§ 823 ff. BGB. 89

Literaturverzeichnis.

v. Bayer, Vorträge über den deutschen gemeinen ordentlichen Zivilprozeß. 1869.

Bunsen, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1900.

Bunsen, Die Lehre von der Zwangsvollstreckung. 1885.

David in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 20 S. 415 ff.

Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozeß. 1905.

Deutsche Juristenzeitung. 11. Jahrg. Nr. 22.

Entwurf einer allgemeinen Zivilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten. Hannover 1866.

Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preußischen Staat, und Motive. 1864.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung. 1908.

Fischer, Recht und Rechtsschutz. 1889.

Fitting, Der Reichszivilprozeß. 1907.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 2. 1904.

Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß. 1909.

Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. 1827.

Gmelin, Die Vollstreckbarkeit nach Reichszivilprozeßrecht. 1898.

Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. 1804.

Goldschmidt, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb. 1910.

Gruchots Beiträge. Bd. 30.

Hahn, Die gesammelten Materialien zur Zivilprozeßordnung. 1880.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1886.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.

Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit. 1905.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1903.

Hommel, Über materiellrechtliche Einwendungen gegen die Vollstreckung von Urteilen. Würzburger Diss. 1892.

Juristische Wochenschrift 21. Jahrg.

Kisch, Beiträge zur Urteilslehre. 1903.

Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1910.

Kohler im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 72 u. 80.

Kohler in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 29.

Kommentar von Reichsgerichtsräten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1911.
Kuttner, Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile. 1908.
Langheineken, Der Urteilsanspruch. 1899.
Leonhardt, Die bürgerliche Prozeßordnung und deren Nebengesetze. Hannover 1867.
Leuthold im Sächsischen Archiv für Rechtspflege 1909 4. Jahrg. Nr. 5.
v. Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Zivilprozesses. 1850.
Maurer, Geschichte des altgermanischen Gerichtsverfahrens. 1824.
Mugdan in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 21.
Neukamp, Handkommentar zur Zivilprozeßordnung nebst Einführungsgesetzen. 1911.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche: Das Recht der Schuldverhältnisse. 1906. (zit.: Oertmann.)
Oertmann[1]**),** Die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 107 S. 199 ff. (zit.: Oertmann, Vollstreckungsgegenklage.)
Oetker, Konkursrechtliche Fragen. 1888.
Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe. 1891.
Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. 1905.
Petersen-Anger, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 2. 1901.
Planck, J. W., Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 2. 1896.
Recht, Das. 11. Jahrg. Nr. 15/16.
Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen. Bde. 21, 30, 33, 35, 45, 55.
Reincke, Die deutsche Zivilprozeßordnung. 1904.
v. Sarwey, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1879.
Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Zivilprozesses. 1843.
Schmidt, R., Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1906.
Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 1907.
Schwartz, Das Billigkeitsurteil des § 829 BGB. 1904.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 1910.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte. Bd. 37, 39, 44, 59.
v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2 Bde. 1908.
Stein, F., Über die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen nach der neuen österreichischen Zivilprozeßordnung. 1897.
Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1910.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1885.
Wach, Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung. 1896.
Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1905.
Wendt im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 100.
Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses. 1878.

[1]) Leider konnte Verfasser diese Abhandlung nur noch anmerkungsweise berücksichtigen, da sie erst nach Approbation der vorliegenden Dissertation erschien.

Willenbücher-Nöldeke, Das Zivilprozeß- und Zwangsvollstreckungsverfahren. 1909.

v. Wilmowski-Levy, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich. 1892.

Winterfeld in den Blättern für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts 9. Jahrg. Nr. 12.

Zitelmann im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 99.

§ 1.

Zweck des Zivilprozesses ist die autoritative Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses im Wege des Urteils und nötigenfalls die zwangsweise Durchführung des richterlichen Ausspruchs. So ergibt sich die Doppelteilung des Prozesses in das streitige Verfahren einerseits, die Zwangsvollstreckung andererseits. Daraus, daß jenes der unparteiischen Entscheidung des Streites gilt, folgt, daß hinsichtlich der Angriffs- und Verteidigungsmittel eine Beschränkung der einen Partei zugunsten der anderen nicht stattfindet: der Kläger soll, soweit er dazu gewillt ist, die Gründe seiner Rechtsbehauptung geltend machen können, der Beklagte soll hinsichtlich seiner Verteidigungsmittel in derselben Lage sein. Anders die Zwangsvollstreckung. Ihr Zweck ist Realisierung des festgestellten Rechts. Sie dient daher vornehmlich dem Interesse des im streitigen Verfahren obsiegenden Gläubigers. Denn eine Rechtsordnung, welche die Selbsthilfe beschränkt, muß um so mehr darauf bedacht sein, dem auf die staatliche Hilfe angewiesenen Gläubiger ein wirksames Mittel zur Verwirklichung seines Rechts zu bieten. Nicht nur muß sie es dem Recht suchenden Bürger ermöglichen, überhaupt sein Recht durchzusetzen, sondern sie muß ihm auch eine Garantie schaffen für eine rasche Verwirklichung dieses Rechts, mag dieselbe auch auf Kosten des Schuldners erfolgen. Denn auch der Zeitverlust bedeutet einen rechtlich erheblichen Nachteil. Nach der Zivilprozeßordnung findet die Zwangsvollstreckung statt „aus Endurteilen, welche rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind“ (§ 704). Darin ist ausgedrückt, daß eine unmittelbare Beziehung zwischen Zwangsvollstreckung und dem zu vollstreckenden Anspruch grundsätzlich nicht besteht, daß vielmehr Grund der Zwangsvollstreckung der Vollstreckungs-

titel: das Urteil ist. Die Durchführung einer derart von der materiellrechtlichen Grundlage losgelösten Zwangsvollstreckung würde jedoch in vielen Fällen zu Konsequenzen führen, welche gegenüber dem Schuldner nicht nur eine eklatante Ungerechtigkeit darstellen, sondern ihm auch einen schweren Schaden zufügen würden. Es kann nicht Aufgabe der Zwangsvollstreckung sein, einschneidender in die Interessen des Schuldners einzugreifen, als es die vollständige Realisierung des Gläubigerrechts erfordert. Dies wird aber nur dann vermieden, wenn dem Schuldner nicht nur die Geltendmachung derjenigen Einwendung zugestanden wird, welche die Zwangsvollstreckung selbst, also z. B. die Art und Weise des beobachteten Verfahrens oder die Zulässigkeit der Erteilung der Vollstreckungsklausel betreffen, sondern er auch in die Lage versetzt wird, solche Einwendungen zu erheben, welche den materiellen Anspruch, dem allein die Vollstreckung dienen soll, als nicht mehr bestehend oder als modifiziert erscheinen lassen. Diese Möglichkeit der Berufung auf materiellrechtliche Tatbestände in der Zwangsvollstreckung eröffnet dem Schuldner § 767 ZPO., und zwar verweist ihn das Gesetz auf den Weg der Klage. Die Frage nach der rechtlichen Natur dieser Klage wird nach Obigem eng zusammenhängen mit der Frage, von welchen Rechtsgedanken die Beziehung von Zwangsvollstreckung und zivilrechtlichem Anspruch beherrscht wird. Die folgenden Ausführungen über die Rechtsnatur der Klage aus § 767 ZPO. werden daher hier ihren Ausgangspunkt finden.

§ 2.

Während die Rechtsordnung prinzipiell von jeher die Zulassung der materiellrechtlichen Einwendungen in der Zwangsvollstreckungsinstanz anerkannt hat, ist Form und Umfang ihrer Geltendmachung mancherlei Wandlungen unterworfen gewesen. Dies ergibt sich aus der Entwicklung des Zwangsvollstreckungsverfahrens im allgemeinen. Charakteristich für das römische Zwangsvollstreckungsverfahren war der Begriff der actio judicati. Nicht erst durch die richterliche Entscheidung, sondern bereits mit der Klagerhebung ging der zivilrechtliche Anspruch unter

— er wurde durch die Litiskontestation „konsumiert“—. Aus der Verurteilung des Schuldners aber ergab sich für den Gläubiger quasi ex contractu der Judikatsanspruch, das „judicatum solvi oportere“, welcher geltend zu machen war mit der actio judicati, und zwar im älteren römischen Recht bei dem Magistratus, welcher den das Urteil fällenden judex bestellt hatte,[1]) später beim Prozeßgericht. Ob bereits im römischen Recht ein bloßer Exekutionsantrag (imploratio officii judicis) genügte, ist streitig.[2]) Jedenfalls war ein solcher nur zulässig in Anknüpfung an das den Anspruch feststellende Verfahren vor dem Gericht, welches über den zivilrechtlichen Anspruch entschieden hatte. Dem Schuldner wurde entweder durch ein in dem in der Sache selbst entscheidenden Urteil erlassenes oder später auf Antrag (actio judicati) zu erlassendes Erfüllungsgebot (mandatum executionis) eine Erfüllungsfrist (Paritionsfrist) bestimmt. Das justinianeische Recht hatte ihre Dauer auf vier Monate festgelegt. Leistete der Schuldner innerhalb dieser Frist nicht, so erging auf weiteren Antrag des Gläubigers die Verfügung der Exekution. Diese Verfügung bezw. zunächst das Erfüllungsgebot zu erwirken, war Aufgabe der actio judicati. Die Vollstreckung selbst lag in den Händen des Gerichts. Innerhalb der obigen Paritionsfrist war es dem Schuldner möglich, als Verteidigung gegen die actio judicati seine Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung vorzubringen, nur mußte er sie liquide stellen können. Als Einreden standen ihm offen sowohl diejenigen, welche sich gegen die obligatio ex causa judicati richteten, als auch solche, welche gegenüber der ursprünglichen Klage des Gläubigers bestanden, sofern diese auf Grund der Restitution oder eines Privilegs auch nach Erlaß des Urteils zugelassen waren. Unter diese privilegierten Einreden fallen die exceptio S. C. Macedoniani und exceptio S. C. Vellejani. Ferner konnte der Schuldner geltend machen u. a. die Einrede der Stundung, die Berufung auf Eröffnung des Konkurses[3]) sowie die ebenfalls privilegierten Einreden des

[1]) Bayer S. 1112.
[2]) Wetzell S. 599.
[3]) Wetzell S. 600/01.

beneficium competentiae, beneficium cedendarum actionum und exceptio compensationis.[1]) Unbenommen war es dem Schuldner auch, den Mangel der allgemeinen Voraussetzungen des Verfahrens und Urteils zu rügen.

§ 3.

Das altgermanische Vollstreckungsverfahren baut sich auf auf dem Urteilserfüllungsversprechen des Schuldners. Hatte derselbe sein Gelöbnis nicht innerhalb einer gesetzlich bestimmten Frist und nach einer rechtsförmlichen dreimaligen Mahnung erfüllt, so trat die Vollstreckung gegen ihn ein. Der Umfang der bei der Vollstreckung entwickelten gerichtlichen Tätigkeit ist in den Volksrechten ein sehr verschiedener gewesen. Eine solche fand im langobardischen Recht nur statt bei der Wegnahme pfändungsfreier Sachen. Außergerichtliche Pfändung war wohl zum mindesten zulässig — mit der genannten Ausnahme bezüglich der pfändungsfreien Objekte — im sächsischen, burgundischen, bayrischen und angelsächsischen Recht, während das westgotische nur dem Gericht die Pfändung überwies und das salische Recht die Vollstreckung sowohl gerichtlich wie außergerichtlich gestattete.[2]) Vollstreckungsbeamter war der Graf, sofern sich der siegreiche Kläger nicht direkt an den König wandte. Doch stand es dem Grafen frei, die Besorgung der Vollstreckung seinem Unterbeamten zu übertragen, eine Befugnis, von der in steigendem Maße im Laufe der Zeit Gebrauch gemacht wurde. Dies alles gilt jedoch nur für die Zeit vor Karl dem Großen. Später war nicht nur der Graf bezw. der missus dominicus Vollstreckungsbehörde, sondern es konnte auch ein Mitglied des erkennenden Gerichts, ein Schöffe, mit der Vornahme der Exekution betraut werden. Das Vollstreckungsverfahren selbst bewegte sich in den Bahnen strenger Formalität. Vor Karl dem Großen war es Regel, daß der Kläger cum festuca, d. h. mit einem Halm oder Reis zum Grafen ging, zu dessen Bezirk

[1]) Für die Privilegierung der exceptio compensationis ohne Einschränkung spricht sich auch aus Gesterding Bd. 2 S. 212.

[2]) Schröder S. 379ff.

der Wohnsitz des Schuldners gehörte, und ihn aufforderte, die Vollstreckung zu verfügen. Der Graf begab sich darauf mit sieben Zeugen zum Schuldner und forderte diesen auf, seine Schuld zu erfüllen. Leistete dieser nicht, so trat unmittelbar die Pfändung ein.[1]) Etwas anders gestaltete sich nach Schröder (S. 381) das Verfahren des salischen Rechts. Nach erfolglosem Verstreichen der Leistungsfrist richtete der Kläger in rechtsförmlicher Weise vor Zeugen an den Schuldner die Aufforderung, zu leisten. Leistete der Schuldner nicht, so hatte dies einmal die Wirkung, daß dem Schuldner die „große" Prozeßbuße von 15 Solidi auferlegt wurde. Dann aber auch wurde er durch mannitio vor den thunginus geladen. In diesem Abschnitt des Verfahrens konnte der Schuldner seine Einwendungen vorbringen. Drang er mit ihnen nicht durch, so trat gerichtliche Beschlagnahme ein, verbunden mit einem Erfüllungsgebot an den Schuldner. Nach weiterer dreimaliger Mahnung hatte dann der Kläger das Recht, entwender selbst zur (außergerichtlichen) Pfändung zu schreiten oder den Grafen um gerichtliche Vollstreckung anzugehen. Diese Gestalt des Vollstreckungsverfahrens erfuhr eine erhebliche Änderung durch die Ausbildung der Fronung zu einem regulären Mittel der Exekution, welches nunmehr nicht nur die Fahrnis, sondern auch das unbewegliche Vermögen des Schuldners ergriff.

§ 4.

Das Verfahren des gemeinen Prozesses findet seine Grundlage im römischen Recht, läßt jedoch den Einfluß des deutschen Rechts erkennen in der Institution des Zahlungsbefehls (executoriale). Dieser entpricht dem deutschrechtlichen Erfüllungsgebot. Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung sind eine rechtskräftige Entscheidung sowie genaue Feststellung der geschuldeten Leistung nach Art und Umfang. Die Vollstreckung kann nur erfolgen durch das Gericht, und zwar ist derjenige Richter zuständig, welcher das Urteil gefällt hat, abgesehen von den

[1]) Maurer S. 61 ff., 97 ff.

Fällen, in denen dieser — auch nicht durch Requisition eines anderen Gerichts — vollstrecken lassen kann; hier muß sich der Kläger direkt an den für den Beklagten zuständigen Richter wenden. Das Verfahren selbst vollzieht sich in der Weise, daß der obsiegende Gläubiger beim Gericht beantragt, dieses möge dem Schuldner aufgeben, bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung (sogen. „Hilfsvollstreckung") die geschuldete Leistung zu bewirken, und zwar innerhalb einer vom Richter nach freiem Ermessen zu bestimmenden Frist (executoriale). Erfüllt der Schuldner innerhalb dieser Frist nicht, so muß der Gläubiger einen weiteren Antrag beim Gericht stellen, dahingehend, die angedrohte Exekution zu verfügen. Die Vollstreckungshandlungen nimmt nun der Richter entweder selbst vor oder veranlaßt ihre Vornahme seitens eines anderen Richters mittels Requisitionsschreibens.[1]) Hinsichtlich der Geltendmachung von Einwendungen seitens des Schuldners gelten zunächst noch die Grundsätze des römischen Rechts, insbesondere auch bezüglich der privilegierten Einwendungen. Eine Änderung brachte der Jüngste Reichsabschied (JRA.) von 1654, welcher in § 37 bestimmte, daß der Beklagte im Prozeß „was er darbei dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möchte, alles auf einmal, bei Straf der Präclusion, einbringen" sollte, und ferner in § 78: es „soll der Beklagte alle seine Behelf in primo Termino in seinen Exceptionibus, unter gewöhnlichen Praejudicio, sammenhaft einzugeben verbunden sein . . ." Von dieser Regel ausgenommen sein sollte nur die Duplik des Beklagten auf die Replik des Klägers, sofern diese Nova enthielt, ferner aber die bereits zurzeit begründeten Einwendungen für den Fall, „daß er (Beklagter) seines neuen Einbringens vorhin nicht Wissenschaft gehabt, sondern erst in Erfahrung gebracht und solches auch eidlich erhalten hätte" (§ 78 JRA.). In der Literatur des gemeinen Prozesses ist es jedoch sehr streitig, auf welche Einwendungen diese Vorschriften des Jüngsten Reichsabschieds Anwendung finden sollen. Besonders gilt dies von den privilegierten Einreden. Thibaut (Bd. 3 § 1194) will diese Einwendungen auch unter Geltung

[1]) Bayer S. 1118ff.; v. Linde S. 463ff.

obiger Vorschriften unbeschränkt zulassen. Er bezeichnet letztere als zweideutig und beruft sich auf die Auslegungsregel, daß einem neuen Gesetz im Zweifel nur derjenige Sinn beizulegen sei, welcher am wenigsten von dem bisherigen Recht abweicht. Die entgegengesetzte Ansicht wird vertreten von Schmidt (Bd. 2 S. 56/57), Gesterding (Bd. 2 S. 225 ff.), Gönner (Bd. 2 S. 194—196). U. E. wird der letzteren Ansicht beizutreten sein, da andernfalls das in den Vorschriften des Jüngsten Reichsabschieds enthaltene — auch dem modernen Recht innewohnende — Prinzip der Beschränkung der Einwendungen praktisch zur Wirkungslosigkeit verurteilt wäre.[1]) Es bleiben demnach dem Schuldner überlassen diejenigen Einwendungen, welche den Mangel der Voraussetzungen der Vollstreckung rügen, ferner die erst nach Abschluß der Prozeßverhandlung dem Beklagten bekannt gewordenen Einwendungen gegen den Anspruch, mögen sie vor oder erst nach dem kritischen Zeitpunkt entstanden sein, darunter auch die Berufung auf Konkurs des Schuldners, auf Moratorium. Voraussetzung für die wirksame Geltendmachung der Einwendungen gegen den Anspruch selbst war jedoch, daß der Schuldner sie liquide vorzubringen vermochte.

§ 5.

Eine wesentliche Neuerung gegenüber dem Vollstreckungsverfahren des gemeinen Rechts brachte die „Bürgerliche Prozeßordnung des Königreichs Hannover“ von 1852 durch die Übertragung der Vollstreckungstätigkeit an einen besonderen Beamten, den „Gerichtsvoigt“. Als Vorbild hatte hierin der code de procédure von 1806 gedient. Das französische Recht betraute mit der gesamten Vollstreckungstätigkeit einen vom Gericht unabhängigen, der Dienstaufsicht der Staatsanwaltschaft unterstellten Gerichtsvollzieher, den „huissier“. Nach der hannöverschen Prozeßordnung erfolgt die Zwangsvollstreckung aus rechtskräftigen Urteilen, vollstreckbaren Urkunden, ferner auf Grund „der im klaren beruhenden Erbpacht-, Meier- und sonstigen

[1]) So mit Recht Gönner Bd. 2 S. 196.

auf Grund und Boden ruhenden Gefälle ...“ sowie „der im klaren beruhenden Forderungen, welche aus dem Gemeinde-, Kirchen-, Schul-, Deich- oder Sielverbande herrühren“, endlich aus den Forderungen der einheimischen Kreditanstalten (§ 528). Bedingung der Zwangsvollstreckung war jedoch, in Abweichung vom gemeinen Prozeß, eine „vollstreckbare Ausfertigung“ des betreffenden Titels, welche vom Gerichtsschreiber bezw. Notar, und zwar prinzipiell nur einmal zu erteilen war (§§ 529, 530). Beibehalten war das Zahlungsgebot, bestehend in der vom Gerichtsvoigt persönlich an den Schuldner zu richtenden Aufforderung, bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung den Gläubiger zu befriedigen (§ 535 Abs. 1 u. 2). Die Zuständigkeit des Gerichtsvoigts ergab sich aus § 119. Auch die Paritionsfrist ist erhalten geblieben, wenngleich sie der richterlichen Festsetzung entzogen und in § 536 auf eine Woche normiert wurde. Immerhin war ihre Verkürzung im Wege gerichtlichen Urteils zulässig. Hatte der Schuldner innerhalb dieser Frist weder seine Verpflichtung erfüllt noch eine die Zwangsvollstreckung hindernde Verfügung des Gerichts erlangt, so nahm der Gerichtsvoigt die Vollstreckung vor. Innerhalb der Paritionsfrist hatte der Schuldner auch die Möglichkeit, seine Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung vorzubringen (§ 574). Solche Einwendungen konnten einmal den durch Urteil festgestellten Anspruch betreffen. Dann mußten sie auf eine „erst nach dem zu vollziehenden Urteile eingetretene Tilgung oder Stundung sich beziehen“ und außerdem sofort liquide gemacht werden können. Sofern sie sich gegen auf Urkunden im Sinne des § 528 Nr. 2 beruhende Forderungen richteten, bedurfte es nur der Liquidität (§ 575 Nr. 2). Hinsichtlich der Forderungen aus § 528 Nr. 3 u. 4 genügte einfache Bestreitung der Richtigkeit durch den Schuldner (§ 575 Nr. 1). Weitere Einwendungen waren zugelassen gegen das vom Gerichtsvoigt mit dem Zahlungsgebot beobachtete Verfahren[1]) (§ 575 Nr. 3). Auch auf die Rechtswohltat der Kompetenz konnte sich der Schuldner berufen (§ 575 Nr. 4). Für all diese Ein-

[1]) Nach Leonhardt Anm. 1 zu § 575 auch Einwendungen gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel.

wendungen war zuständig prinzipiell das Prozeßgericht oder, wenn kein Prozeß stattgefunden hatte, das nach allgemeinen Grundsätzen zuständige Gericht (§ 577). Für alle anderen Einwendungen, insbesondere solche gegen Art und Weise der Vollstreckung oder das Verfahren des Gerichtsvoigts, war zuständig das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Vollstreckung stattfand.

§ 6.

In engem Anschluß an die Vorschriften der hannöverschen Prozeßordnung steht das Vollstreckungsverfahren des „Entwurfs einer allgem. Zivilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten“ (Hannoveranischer Entwurf). Die Zahl der Vollstreckungstitel ist gegenüber der Prozeßordnung von 1852 vermehrt. Beibehalten ist die vom Gerichtsschreiber zu erteilende Vollstreckungsklausel (der Wortlaut entsprechend geändert) (§§ 648, 650). Die Durchführung der Vollstreckung ist nach wie vor einem besonderen Beamten, dem „Gerichtsvollzieher“, übertragen (§ 660). Das Verfahren selbst wird eingeleitet durch das von dem Gerichtsvollzieher zu erlassende „Befriedigungsgebot“ (§ 665). Die Paritionsfrist ist beibehalten, ebenfalls ihre Dauer von einer Woche (§ 666). Nach ihrem ergebnislosen Ablauf kann der Gerichtsvollzieher zur Vollstreckung schreiten. Er hat mit der Zwangsvollstreckung einzuhalten, wenn urkundlich gewisse im § 676 angegebene Tatsachen nachgewiesen werden. Dazu gehört u. a. Befriedigung des Gläubigers seit Erlassung oder Errichtung des zu vollstreckenden Titels, Bewilligung der Stundung seitens des Gläubigers, richterlicher Einhaltsbefehl. Die Einwendungen des Schuldners gegen die Zwangsvollstreckung werden geregelt in §§ 680, 682—684. Der Schuldner kann sich berufen auf den „Mangel der Voraussetzungen zur Erteilung der Vollstreckungs- oder Genehmigungsklausel“. Ferner kann er Einwendungen erheben, welche den zu vollstreckenden Anspruch selbst betreffen (§ 682). Für die Geltendmachung dieser Einwendungen ist eine Frist nicht bestimmt. Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung sowie gegen das vom Gerichtsvollzieher bei der Vollstreckung beobachtete Ver-

fahren usw. sind im Wege der Beschwerde vorzubringen beim Vollstreckungsgericht, und zwar innerhalb einer Frist von zwei Wochen von der beschwerenden Handlung ab gerechnet (§ 680). Hierher werden auch Einwendungen gegen das vom Gerichtsvollzieher mit dem Befriedigungsgebot beobachtete Verfahren zu zählen sein, da gemäß § 665 dieses Gebot zur Zwangsvollstreckung gehört. Für die Einwendungen, welche sich gegen den zu vollstreckenden Anspruch richten, ist an der Bestimmung der Prozeßordnung von 1852 festgehalten worden, wonach sie nur insoweit zu berücksichtigen sind, als sie eine erst nach Erlassung (oder Errichtung) des zu vollstreckenden Titels eingetretene Tilgung oder Stundung geltend machen (§ 683). Zuständig für die Einwendungen gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel ist im allgemeinen das Gericht, bei welchem die Klausel erteilt wurde, bei Einwendungen gegen die Erteilung der Genehmigungsklausel das Vollstreckungsgericht, bei Einwendungen gegen den Anspruch selbst das Prozeßgericht I. Instanz (§ 684).[1])

§ 7.

Der „Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preußischen Staat" von 1864 hat die Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung: Titel und vollstreckbare Ausfertigung desselben beibehalten (§§ 946 ff., 959), desgleichen wie der hannöversche Prozeß und Entwurf die Vollstreckung dem Gerichtsvollzieher übertragen (§ 992) und die in das „Vollstreckungsgebot" aufzunehmende Paritionsfrist auf „acht Tage" normiert (§ 999, 1001). Während die preuß. allgem. Gerichtsordnung I, 24 §§ 35 ff. die dem Schuldner zustehenden Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung auf Zahlung, Aufrechnung, Erlaß und Vergleich beschränkte und für ihre Geltendmachung Liquidität verlangte, gab der preuß. Entwurf eine allgemeine Bestimmung über den „Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung" und

[1]) Die Paragraphen sind zitiert nach den „Protokollen der Kommission zur Beratung einer allgem. ZPO. für die deutschen Bundesstaaten". Anl. CCXLIX bis CCCLXXIV. Nach den Beschlüssen zweiter und letzter Lesung.

ließ das Erfordernis des liquiden Nachweises fallen. Während bisher die Einwendungen des Schuldners einredeweise (so gemeines Recht) oder durch „Anträge“ (hannöverscher Prozeß und Entwurf) vorgebracht wurden, schreibt der preuß. Entwurf (§ 1018) den Weg der Klage vor. Diese Bestimmung kehrt in der ZPO. § 767 Abs. 1 wieder. Im Fall des Widerspruchs des Schuldners hat der Gerichtsvollzieher von der Zwangsvollstreckung abzustehen, wenn „von dem Gläubiger die Einstellung bewilligt oder die vollstreckbare Ausfertigung eines Urteils dem Gerichtsvollzieher vorgelegt wird, in welchem die Einstellung angeordnet oder die Vollstreckung für unzulässig erklärt wird“ (§ 1017). Einwendungen des Schuldners können nur geltend gemacht werden, sofern sie „nicht vor“ derjenigen mündlichen Verhandlung entstanden sind, auf welche das der Vollstreckung zugrunde liegende Urteil ergangen ist (§ 1029 Abs. 1). Eine Neuerung brachte § 1029 Abs. 2, welcher dahin zielt, die Einwendungen des Schuldners nach Möglichkeit in einer Klage zusammenzudrängen, indem der Schuldner mit allen Einwendungen, welche er in der Klage zu erheben imstande war, aber nicht geltend machte, später ausgeschlossen wurde. Diese Vorschrift ist ein Vorläufer des Abs. 3 § 767 der heutigen ZPO. All diese Normen kommen in gleicher Weise wie bei Einwendungen gegen den Anspruch auch dann zur Anwendung, wenn der Schuldner gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung „insbesondere gegen die Zulässigkeit einer Vollstreckungsmaßregel“ Widerspruch erhebt (§ 1030). Zuständig für die Widerspruchsklage — im weiteren Sinne — ist nach § 1018 dasjenige Gericht, von welchem das Urteil für vollstreckbar erklärt wurde.

§ 8.

Im allgemeinen auf derselben Grundlage steht der „Entwurf einer Prozeßordnung für den Norddeutschen Bund“. Das Erfordernis des mit Vollstreckungsklausel versehenen Titels, die Funktion des Gerichtsvollziehers ist beibehalten, hingegen ist das „Befriedigungsgebot“ fortgefallen und mit ihm die Paritionsfrist. Die im Entwurf zugelassenen Einwendungen des

Schuldners gegen die Zwangsvollstreckung richten sich einesteils gegen die Art und Weise der Vollstreckung sowie das vom Gerichtsvollzieher dabei beobachtete Verfahren, anderenteils gegen die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung und endlich gegen den der Vollstreckung zugrunde liegenden Anspruch selbst. Hier werden, wie in § 1029 des preuß. Entwurfs insbesondere angeführt: Zahlung, Kompensation, Erlaß und Vergleich. Es wird gefordert, daß die Gründe, auf welchen die Einwendungen beruhen, entstanden sind nach Erlassung des Urteils.[1]) Die Vorschrift des § 1029 Abs. 2 des preuß. Entwurfs ist in den norddeutschen Entwurf übernommen worden (§§ 914—916). Zuständig für diese Widerspruchsklage des Schuldners ist das Prozeßgericht I. Instanz, im Gegensatz zum preuß. Entwurf, in Übereinstimmung mit dem hannöverschen Prozeß und Entwurf.

§ 9.

Mit dem Verfahren nach dem norddeutschen Entwurf stimmen die drei Entwürfe zur Zivilprozeßordnung und diese selbst im allgemeinen überein, insbesondere hinsichtlich der gegen die Vollstreckung zulässigen Einwendungen des Schuldners. Soweit dieselben den der Vollstreckung zugrunde liegenden Anspruch betreffen, sind sie im § 767 ZPO., ergänzend in §§ 797 Abs. 4 u. 5, 796 Abs. 2 in Verb. mit § 795 geregelt; die erstere Vorschrift gilt bezüglich des durch Urteil festgestellten, letztere insbesondere bezüglich des in einer vollstreckbaren Urkunde bezw. in einem Vollstreckungsbefehl verkörperten Anspruchs. Die Geltendmachung der Einwendungen ist auf den Weg der Klage bei dem Prozeßgericht I. Instanz verwiesen (im Falle der Vollstreckung aus vollstreckbaren Urkunden bezw. Vollstreckungsbefehl gilt die besondere Zuständigkeitsvorschrift des § 797 Abs. 5 bezw. § 796 Abs. 3), und zwar ist der Schuldner gehalten, in der Klage alle Einwendungen geltend zu machen, welche er zur Zeit der Klag-

[1]) vgl. damit preuß. Entwurf § 1029 Abs. 1: „Nicht vor derjenigen mündlichen Verhandlung, ... auf welche das zu vollstreckende Urteil ergangen ist"; ferner § 767 Abs. 2 ZPO.: Nach dem Schluß derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher usw."

erhebung vorzubringen imstande war. Die Beschränkung der zulässigen Einwendungen im Hinblick auf die Entstehungszeit ihrer Gründe gilt nur für diejenigen, welche den durch Urteil festgestellten Anspruch betreffen. § 767 Abs. 2 bestimmt, daß nur solche Einwendungen zulässig sind, deren Gründe nach dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können. Für die Einwendungen gegen die auf vollstreckbaren Urkunden beruhenden Ansprüche gilt § 767 Abs. 2 nicht. Für die materiellrechtlichen Einwendungen gegenüber dem Vollstreckungsbefehl gilt, daß ihre Gründe nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls entstanden sein müssen (§ 796 Abs. 2). Die rein formellen Einwendungen des Schuldners gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel erledigen sich, sofern es sich um vollstreckbare Ausfertigung eines Urteils handelt, gemäß § 732 ZPO. Über die Beschwerde des Schuldners entscheidet das Gericht, von dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel erteilt ist. Eine mündliche Verhandlung ist hierbei nicht erforderlich. Für die entsprechenden Einwendungen gegenüber vollstreckbaren Urkunden gilt die Sondervorschrift des § 797 Abs. 3. Es entscheidet bei gerichtlichen Urkunden das Gericht, welches die Urkunde verwahrt, bei notariellen Urkunden das Amtsgericht. Macht der Schuldner hingegen materielle Einwendungen geltend in der Weise, daß er die irrtümliche Annahme des Eintritts derjenigen Tatsachen rügt, welche Voraussetzung für die Erteilung der Vollstreckungsklausel sind, so muß er, soweit es sich um die Vollstreckung aus einem Urteil handelt, gemäß § 768 ZPO. den Weg der Klage beschreiten. Für diese Klage gelten die Vorschriften des § 767 Abs. 1 u. 3 ZPO. Daneben bleibt dem Schuldner das Recht der Bestreitung der formellen Zulässigkeit nach § 732 unbenommen. Bei der Zwangsvollstreckung aus vollstreckbaren Urkunden findet auf die Klage die besondere Vorschrift des § 797 Abs. 5, gegenüber Vollstreckungsbefehlen § 796 Abs. 3 hinsichtlich der Zuständigkeit Anwendung. Über diejenigen „Anträge, Einwendungen und Erinnerungen“, die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder

das hierbei vom Gerichtsvollzieher beobachtete Verfahren rügen, wird gemäß § 766 durch Beschluß des Vollstreckungsgerichts, also des Amtsgerichts entschieden.

Die grundlegenden Vorschriften über diejenige Klage, durch welche die Einwendungen gegen den der Vollstreckung zugrunde liegenden Anspruch erhoben werden, finden sich demnach in § 767 ZPO., und zwar zunächst nur in Anwendung auf den durch Urteil festgestellten Anspruch. Das Anwendungsgebiet der Klage wird erweitert durch die §§ 768, 796, 797 in Verb. mit § 795, wie oben gezeigt. Für die Klage aus § 767 hat sich der Name „Vollstreckungsgegenklage" eingebürgert. Diese Bezeichnung stammt von Kohler.[1]) Sehr streitig ist die rechtliche Natur dieser Klage, wie überhaupt der § 767 zu einer Reihe von Kontroversen Anlaß gegeben hat.

§ 10.

Für die Beurteilung der rechtlichen Natur der Vollstreckungsgegenklage bietet der § 767 selbst keinen Anhalt. Man könnte — und das ist in der Literatur zu dieser Streitfrage mehrfach geschehen — § 775 Nr. 1 anziehen, welcher Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung für den Fall anordnet, daß die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung vorgelegt wird, aus welcher sich ergibt, daß u. a. „die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt ist", aber u. E. kann man allein aus dieser Wendung nicht auf die rechtliche Konstruktion der Vollstreckungsgegenklage schließen, da „für unzulässig erklären" ebensowohl die gerichtliche Feststellung eines bestehenden wie die Begründung eines neuen Rechtszustandes bedeuten kann. Und dafür, daß die obige Entscheidung ein Leistungsurteil enthalte, läßt sich aus dem Wortlaut erst recht nichts folgern. Auch aus den Motiven (Hahn) zur Zivilprozeßordnung läßt sich eine bestimmte Auffassung nicht gewinnen. Um hierzu zu gelangen, bedarf es u. E. einer Untersuchung der durch die Zwangsvollstreckung — genauer den vollstreckbaren Titel —

[1]) Arch. f. ziv. Prax. Bd. 72. S. 1.

begründeten Rechtsbeziehungen einerseits zwischen den Parteien selbst, andererseits zwischen den Parteien und der vollstreckenden Staatsgewalt. Während bis zur rechtskräftigen Feststellung eines Rechtsverhältnisses nur eine zivilrechtliche Beziehung zwischen den Parteien gegeben ist, tritt mit dem Augenblick der Rechtskraft bezw. der vorläufigen Vollstreckbarkeitserklärung ein neues Moment hinzu: die Realisierbarkeit des streitigen Rechts, welche dem Staat vorbehalten ist. Daß der Schuldner dieser Vollstreckungsgewalt unterworfen ist, bedeutet nicht die Begründung einer neuen Rechtsbeziehung zwischen ihm und dem Staat; das ergibt sich allein schon aus der Stellung des Staatsbürgers gegenüber der Staatsgewalt. Hingegen ist zu prüfen, ob nicht im Verhältnis von Gläubiger und Staat der Grund für die Vollstreckung durch die staatlichen Organe in einer besonderen durch den Vollstreckungstitel begründeten rechtlichen Beziehung liegt, insbesondere auch, ob dem Gläubiger ein „Anspruch auf Vollstreckung" gegenüber der Staatsgewalt zuzusprechen und nach welchen Rechtsnormen Entstehung und Endigung dieses Anspruchs zu beurteilen ist. Auf der anderen Seite wird auch zu fragen sein, ob durch den Vollstreckungstitel eine Modifizierung des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner eintritt in der Weise, daß der mit Vollstreckbarkeit ausgerüstete Anspruch eine Exekutionsduldungspflicht des Schuldners begründet. Allein letztere findet im Gesetz keinen Anhalt, und eine solche Pflicht zu konstruieren, liegt u. E. kein Anlaß vor, da die im Interesse der Zwangsvollstreckung erforderliche, aber auch genügende Exekutionsduldungspflicht des Schuldners diejenige ist, welche jeden Staatsbürger gegenüber den Organen des Staates bindet.

§ 11.

Das auf Grund des Vollstreckungstitels zwischen Gläubiger und staatlicher Vollstreckungsgewalt begründete Rechtsverhältnis wird vielfach dahin charakterisiert, daß dem Gläubiger gegenüber dem Staat ein publizistischer Anspruch auf Vollstreckung erwachse. Ein solcher „Anspruch" ist natürlich den Bedenken ausgesetzt, welche überhaupt der Anerkennung „subjektiver

öffentlicher Rechte“ entgegenstehen. Es ist hier nicht der Ort, um zu dieser Streitfrage Stellung zu nehmen. Es gilt u. E. vielmehr zu prüfen, ob nicht auch bei Leugnung solcher Rechte des Staatsbürgers die Lehre vom Vollstreckungsanspruch haltbar ist, sofern man nur den Begriff des Anspruchs nicht zu eng faßt. Zuzugeben ist, daß dem Vollstreckungsanspruch gegen den Staat auf seiten des Gläubigers die Erzwingbarkeit fehlt. Allein die Rechtsordnung hat, während sie die Selbsthilfe auf wenige Fälle einschränkte, die staatlichen Zwangsmittel dem Rechtsschutz suchenden Gläubiger zur Verfügung gestellt. Hierin liegt eine Dienstbarmachung und daher eine Selbstbeschränkung des Staates zugunsten desjenigen Staatsbürgers, der einen bestimmten Tatbestand vorzuweisen imstande ist. Es wird nicht ein Alle gleich begünstigender Rechtszustand geschaffen, sondern nur eine vom Staat gegenüber bestimmten Personen, bei welchen ein bestimmter Tatbestand, nämlich der Vollstreckungstitel gegeben ist, zu erfüllende Pflicht. Somit ist auch die subjektive Begrenzung, das Merkmal des Anspruchs, welches in der Begünstigung des Anspruchsinhabers vor den anderen Rechtsgenossen besteht, gegeben. Mag man aber auch mangels der Erzwingbarkeit das Vorliegen eines Anspruchs im eigentlichen Sinne leugnen, so bleibt doch ein Tatbestand, auf Grund dessen der Staat seine Zwangsmittel dem Gläubiger zur Verwirklichung des zivilistischen Anspruchs durch die Rechtsordnung zur Verfügung zu stellen sich verbunden hat. Das Gegenstück zu dieser „Pflicht“ des Staates bildet ein — allerdings unerzwingbares — Recht des Staatsbürgers auf Vollstreckung. Unter dieser Voraussetzung glauben wir den „Vollstreckungsanspruch“ aufrechterhalten zu können, um so mehr als die Rechtsordnung dem Gläubiger die Macht gegeben hat, eine wirksame Vollstreckung in die Wege zu leiten. Denn keinesfalls kann der Staat ein über einen Privatrechtsanspruch entscheidendes Leistungsurteil vollstrecken, es sei denn, daß der obsiegende Kläger den entsprechenden Antrag gestellt hat, was in seinem freien Belieben steht. Anderenfalls kann die Pfändung seitens des Gerichtsvollziehers ein Pfändungspfandrecht nicht begründen (arg. aus § 753 ZPO.). Nicht nur hat der Staat nicht die Aufgabe, ohne den

Antrag abzuwarten, das Urteil zu vollstrecken, sondern ihm fehlt hierzu überhaupt die Macht.[1]) Daß der Vollstreckungsanspruch auch dann haltbar ist, wenn man dem publizistischen Recht die eigentliche Anspruchsnatur abspricht, bestätigt auch Hellwig,[2]) welcher hierin „mehr eine Konstruktionsfrage" sieht.

Unter Rechtsschutzanspruch ist zu verstehen „der Anspruch des Klägers bezw. des Beklagten auf Gewährung prozessualischen Rechtsschutzes".[3]) Denkbar sind zwei Arten dieses Anspruchs. Einmal der im konkreten Fall zum Schutze eines bestehenden zivilistischen Rechts gegebene. Dann aber auch das abstrakte Recht des Staatsbürgers, bei den Gerichten seines Staates Klage zu erheben.[4]) Letzterer „Anspruch" ist nicht bedingt durch das Bestehen eines zivilistischen Rechts in der Person des Klägers; er kann überhaupt nicht als ein subjektives Recht aufgefaßt werden, da die Möglichkeit, Klage zu erheben, ein Recht jedes Staatsbürgers ist, das Moment der Bevorzugung des einen Staatsbürgers vor den anderen also fehlt. Wir haben es hier also mit einer bloßen Klagmöglichkeit zu tun. Mit Recht wird daher der Begriff des abstrakten publizistischen Klagrechts als besonderen subjektiven Rechts verworfen von Wach[5]) und Hellwig.[6]) Von diesem „Recht" ist der konkrete Rechtsschutzanspruch scharf zu scheiden.[7]) Im Rechtsschutz ist die Vollstreckung der Leistungsurteile einbegriffen. Es erscheint daher zunächst der Vollstreckungsanspruch als Unterart des Rechtsschutzanspruchs. „Kraft Prozeßrechts gibt der sogen. Vollstreckungstitel das Recht auf den Vollstreckungsakt, den Vollstreckungsanspruch, eine Art des Rechtsschutzanspruchs."[8]) Dieser Auffassung vermögen wir jedoch nur unter Vorbehalt beizutreten. Denn es unterscheidet sich der Vollstreckungsanspruch in seinen Voraussetzungen vom

---

[1]) So mit Recht Pagenstecher S. 371 N. 875.

[2]) Anspruch und Klagrecht S. 145 Anm. 1.

[3]) Wach, Handb. Bd. 1 S. 19, von dem der Begriff stammt.

[4]) Das „Recht auf Entscheidung schlechthin". So Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 147.

[5]) Handb. Bd. 1 S. 19 Anm. 16.

[6]) Klagrecht und Klagmöglichkeit S. 26.

[7]) Gegner des Rechtsschutzanspruchs ist u. a. Fischer S. 74.

[8]) Wach, Vorträge S. 300.

Rechtsschutzanspruch. Während der konkrete Rechtsschutzanspruch bedingt ist durch das Bestehen eines rechtsschutzbedürftigen Rechts in der Person des Klägers bezw. des Beklagten — im Gegensatz zum abgelehnten abstrakten Klagrecht —, besteht u. E., wie unten zu zeigen ist, der Vollstreckungsanspruch unabhängig von seiner zivilistischen Grundlage. Der Vollstreckungsanspruch besteht darin, daß der Gläubiger auf Grund des Titels, sei es nun ein Urteil oder ein sonstiger nach § 794 vollstreckbarer Titel, einmal die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung, dann aber auf Grund derselben die Ausführung der Vollstreckung verlangen kann. Dieser Anspruch kann sowohl ein rechtskräftiges wie ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil zum Grunde haben. Wenn Geib (S. 94) gegen den Vollstreckungsanspruch geltend macht, daß diesem die Erzwingbarkeit fehle, so ist dies ein Argument, welches alle subjektiven publizistischen Rechte trifft, aber den Vollstreckungsanspruch an sich nicht unhaltbar macht, insbesondere dann nicht, wenn man den „Anspruch“ in dem oben ausgeführten weiteren Sinne auffaßt. Und mag es auch „vor allem“ das „Interesse des Staates an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Friedens“ sein,[1]) welches den Staat veranlaßt, seine Zwangsgewalt dem Gläubiger zur Verfügung zu stellen, so widerspricht dem u. E. nicht, daß der Gläubiger ein (unerzwingbares) Recht auf Vollstreckung erhalten hat, von dem Gebrauch zu machen, wie Geib selbst zugibt, völlig in sein Belieben gestellt ist.

Um späterhin Stellung nehmen zu können zu der Frage, in welche Kategorie der Klagen, ob in die der Leistungs-, Feststellungs- oder Bewirkungsklagen, die Vollstreckungsgegenklage einzureihen bezw. ob sie als Klage sui generis anzusehen ist,[2]) wird man u. E. prüfen müssen, in welcher Beziehung Privatrechtsanspruch und Vollstreckungsanspruch zueinander stehen. Nur falls die Existenzbedingungen beider Ansprüche die gleichen sind, wird man an Leistungs- oder Feststellungsklage denken

---

[1]) Geib S. 95.
[2]) Weismann S. 96.

können. Denn nur wenn mit Fortfall des Privatrechtsanspruchs auch der Vollstreckungsanspruch erlischt, kann eine Leistungsklage etwa in Gestalt einer condictio sine causa, ob causam finitam, dem Schuldner nützen, da anderenfalls trotz seines Rückforderungsrechts er der Vollstreckung seitens der staatlichen Organe ausgesetzt bleibt. Daß aber eine Leistungsklage die Beseitigung des trotz Fortfalls des Zivilanspruchs weiter bestehenden Vollstreckungsanspruchs selbst zum Gegenstande haben kann, ist u. E. entschieden zu bestreiten. In gleicher Weise setzt eine Feststellungsklage die Abhängigkeit des Vollstreckungsanspruchs vom Zivilanspruch voraus. Denn die Feststellung des Nichtbestehens des Zivilanspruchs würde mangels rechtlichen Konnexes zwischen beiden Ansprüchen für die Zwangsvollstreckung ohne Bedeutung sein und den Schuldner der Gefahr der Vollstreckung nicht entrücken, während eine Feststellung des Nichtbestehens des Vollstreckungsanspruchs nur dann möglich ist, wenn dieser zugleich mit dem Privatrechtsanspruch erloschen ist. Im Gegensatz zur Leistungs- und Feststellungsklage würde eine Bewirkungsklage, gerichtet auf Beseitigung des Vollstreckungsanspruchs, voraussetzen, daß dieser von dem Untergang des Zivilanspruchs ohne weiteres nicht berührt wird.

Inhalt des Privatrechtsanspruchs ist das Recht, von einer anderen „Person“ ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, das Recht auf Leistung. Inhalt des Vollstreckungsanspruchs hingegen ist das (unerzwingbare) Recht, mangels erfolgter Leistung ihre Eintreibung im Wege staatlichen Zwanges zu erwirken. Hieraus folgt, daß im ersten Fall der Verpflichtete eine Person des Privatrechts, im zweiten eine solche des öffentlichen Rechts ist. Denn nur der Schuldner im Sinne des Privatrechts ist in der Lage, seine Leistung an den Gläubiger zu bewirken. Nur der Staat aber vermag einen Zwang auszuüben. Dem entspricht es, daß beide „Ansprüche“ verschiedenen Rechtsnormen unterliegen hinsichtlich Entstehung und Endigung. Der Leistungsanspruch wurzelt lediglich in einem Tatbestande des Zivilrechts. Fällt dieser Tatbestand wenn auch nur zum Teil fort, so wird davon ohne weiteres der Leistungsanspruch getroffen. So ergeben sich für den Schuldner unmittelbar Einwendungen, er

kann durch bloße Erklärung anfechten, die Nichtigkeit wirkt ipso jure. Anders der Vollstreckungsanspruch. Er beruht auf dem Vollstreckungstitel, mag dies nun ein Urteil sein (§ 704) oder ein Titel des § 794. Wenn das Gesetz (§ 801) diese als „Schuldtitel" bezeichnet, so ist damit ihr Wesen nicht ganz zutreffend charakterisiert. Denn nicht die zivilrechtliche Verpflichtung bildet den Grund der Vollstreckungskraft des Titels, sondern die prozeßrechtliche Vorschrift, daß auf Grund gewisser prozessualer Voraussetzungen (§§ 704, 794) die Zwangsvollstreckung erfolgen solle.[1]) Daß weiterhin die Zwangsvollstreckung noch bedingt sei durch das Bestehen eines Zivilanspruchs läßt sich u. E. allein schon mit Rücksicht auf § 704 Abs. 1 nicht annehmen. Hier werden als Grundlage der Vollstreckung genannt rechtskräftige und für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteile. Man braucht gar nicht den Fall des falschen rechtskräftigen Urteils anzuführen, um die Unabhängigkeit des Vollstreckungsanspruchs zu beweisen. Die vorläufige Vollstreckbarkeit ohne Rücksicht auf die endgültige Entscheidung genügt hierzu. Denn wird das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil nachträglich aufgehoben und die Klage wegen Nichtbestehens des Anspruchs abgewiesen, so ist damit keineswegs gesagt, daß durch das aufgehobene Urteil ein Vollstreckungsanspruch nicht begründet war. Denn dieses ist gerade trotz der Möglichkeit anderweitiger Entscheidung mit vorläufiger Vollstreckbarkeit versehen worden, also ohne Rücksicht darauf, daß durch neue Entscheidung event. das Nichtbestehen des Anspruchs festgestellt werden kann. Daß der Kläger dem Beklagten in diesem Falle nach § 717 Abs. 2 zum Schadensersatz verpflichtet ist, widerspricht dem nicht, es folgt vielmehr daraus, daß der Vollstreckungsanspruch durch die aufhebende oder abändernde Entscheidung nunmehr beseitigt, der Rechtsgrund der Vollstreckung also entfallen ist. Der Fortfall der materiellen causa bezw. ihr Nichtbestehen allein konnten die Beseitigung des Vollstreckungsanspruchs nicht bewirken. Da die Voraussetzungen der Entstehung des Vollstreckungsanspruchs sich lediglich nach Prozeßrecht bestimmen, kann der-

[1]) So mit Recht Wach, Vorträge S. 300.

selbe auch nur gemäß diesen Vorschriften endigen. Eine Veränderung der zivilrechtlichen Grundlage muß für die Vollstreckung irrelevant bleiben, solange nicht auf Grund einer prozessualen Vorschrift eine ihr entsprechende Änderung des prozessualen Rechtsstandes herbeigeführt werden kann. Der Vollstreckungstitel wird nicht unter der Bedingung vollstreckt, daß der Zivilanspruch bestehe, sondern bedingungslos. Sofern eine Beziehung zwischen Vollstreckungsanspruch und Zivilanspruch zuzugeben ist, kann sie u. E. nur darin bestehen, daß der Vollstreckungsanspruch die Realisierung des bestimmten Zivilanspruchs zu vermitteln den Zweck hat. In Übereinstimmung hiermit Gaupp-Stein zu § 767 Anm. I: „Vermöge seiner Verkörperung im Schuldtitel ist der Rechtsschutzanspruch auf die Zwangsvollstreckung von seinem zivilistischen Untergrunde losgelöst, obwohl er nur dem bestehenden materiellen Anspruch zugedacht ist". Ferner Hellwig,[1]) welcher im Gegensatz zu Langheineken (S. 164) und Goldschmidt (S. 26/27) insbesondere leugnet, daß der Titel lediglich ein Formalerfordernis sei, Wach,[2]) Pagenstecher (S. 374).[3]) Auch Geib, der im übrigen eine abweichende Darstellung der Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger, Schuldner und Staat bei der Zwangsvollstreckung gibt, erkennt (S. 39) an, daß „Entstehung, Umfang, Inhalt und Fortexistenz des Vollstreckungsrechts auf der einen und des materiellen Anspruchs auf der anderen Seite unabhängig voneinander" sind. Gegner der diesseits vertretenen Auffassung ist u. a. Goldschmidt (S. 32). Zwar gibt er zu, daß der Schuldtitel bedingungslos vollstreckbar sei, aber er will diese Unabhängigkeit nur auf die „Vollstreckbarkeit" bezogen wissen, wohingegen der Vollstreckungsanspruch von seiner materiellrechtlichen Grundlage nicht loszulösen sei. Es ist u. E. aber zu bedenken, daß

---

[1]) Anspruch und Klagrecht S. 149.

[2]) Vorträge S. 300.

[3]) vgl. auch Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit S. 17: „Dieses Vollstreckungsrecht besteht um des in der Verurteilung vorausgesetzten zivilen Anspruchs, um der in dem Vergleich oder in der vollstreckbaren Urkunde bezeugten Forderung willen, ist aber mit diesem Privatrechte weder identisch, noch ist er eine Eigenschaft oder ein Ausfluß von ihm".

der Vollstreckungsanspruch des Gläubigers doch lediglich in den prozessualen Vorschriften seinen Ausdruck findet, welche die „Vollstreckbarkeit" regeln. Daß der Gläubiger einen „Anspruch" auf Vollstreckung habe, bedeutet u. E. nichts anderes, als daß er (unter gewissen Voraussetzungen) befugt ist, die Vollstreckung seines Anspruchs auf Leistung staatlichen Organen aufzutragen, m. a. W., daß der Anspruch „vollstreckbar" ist. Einen weiteren Einwand gegen die Unabhängigkeit des Vollstreckungsanspruchs von dem materiellen Anspruch glauben Goldschmidt (S. 29) und Degenkolb (S. 102) daraus herleiten zu können, daß nach der hier vertretenen Auffassung das Klagrecht (konkreter Rechtsschutzanspruch) einen schutzbedürftigen Anspruch voraussetze, im Gegensatz zum Vollstreckungsanspruch, und so innerhalb des Rechtsschutzanspruchs (i. w. S.) ein Widerspruch geschaffen werde. Im Falle einer materiell unrichtigen Verurteilung wäre zwar ein Vollstreckungsanspruch des Klägers begründet, aber der Urteilsanspruch des zu Unrecht Verurteilten auf ein ihm günstiges Urteil bliebe bestehen. Allein u. E. ergibt sich hieraus noch nicht ein zwingendes Argument für die gegnerische Ansicht. Soweit die materielle Rechtskraft des unrichtigen Urteils reicht, ist die Ausübung des Urteilsanspruchs ausgeschlossen, mag man auch annehmen, daß ein solcher Anspruch weiter besteht; wenn man sich bezüglich der Tragweite der Rechtskraft der herrschenden Meinung anschließt, so bedeutet dies, daß der Urteilsanspruch eine neue Entscheidung des streitigen Zivilanspruchs im Rahmen der bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht zum Gegenstande haben kann. Wenn die gefällte Entscheidung auch unrichtig ist, so besitzt sie dennoch Rechtskraft. Hierdurch scheint uns die Rechtsordnung den Widerspruch mit sich selbst praktisch aufzuheben.[1]) Eher könnte u. E. dort ein Widerspruch zwischen Urteilsanspruch des zu Unrecht Verurteilten und dem Vollstreckungsanspruch des Siegers im Rechtsstreit bestehen, wo es sich um ein für vorläufig voll-

[1]) Im Ergebnis übereinstimmend Oertmann, Vollstreckungsgegenklage S. 206.

streckbar erklärtes Urteil handelt. Denn dort ermangelt es der den Urteilsanspruch beschränkenden Rechtskraft. Allein hier ist der Vollstreckungsanspruch zunächst resolutiv bedingt. Er wird sofort mit der entsprechenden Erklärung wirksam, er bleibt es aber nur dann, wenn der Eintritt der Resolutivbedingung — Erlaß eines rechtskräftigen Urteils, welches das für vorläufig vollstreckbar erklärte aufhebt — unmöglich wird durch Eintritt der Rechtskraft des für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils. Mit diesem Moment ist aber auch der Urteilsanspruch des nunmehr zu Unrecht Verurteilten auf Klagabweisung in seiner Ausübung beschränkt.

§ 12.

Wenn man gemäß der hier vertretenen Auffassung den Vollstreckungsanspruch sich unabhängig denkt von dem materiellrechtlichen Anspruch, so entsteht die Frage, ob, da jener sich nur nach publizistischen, dieser nur nach privatrechtlichen Normen bestimmt, die Zwangsvollstreckung mangels Privatrechtsanspruchs zwar nach öffentlichem Recht rechtmäßig, hingegen nach Privatrecht widerrechtlich sei. Diese Frage wird bejaht von Hellwig[1]) mit der Begründung: Der Vollstreckungstitel gebe „nur den Vollstreckungsorganen gegenüber das Recht, die Exekution zu verlangen". Unbedenklich ist diese Beantwortung der Frage nicht. Denn es wird damit ein Widerspruch in die Rechtsordnung hineingetragen. Nach Zitelmann (S. 11) muß „bei der Einheit der gesamten Rechtsordnung der Begriff der Rechtswidrigkeit insofern ein einheitlicher sein: ist eine Handlung durch irgendeinen Rechtssatz in irgendeinem Rechtsteil verboten, so ist sie eben verboten". Und das gleiche, was vom Verbot gilt, muß auch gelten von dem den Ausschluß der Widerrechtlichkeit bestimmenden Rechtssatz. Dieser Satz kann einmal bedeuten, daß ein Handeln „nicht rechtswidrig sei", kann darüber hinaus aber auch eine „Befugnis" zum Handeln verleihen.[2]) „Da diese

[1]) Anspruch und Klagrecht S. 149; ebenso Geib S. 99 ff., 237.

[2]) So Zitelmann S. 21.

Befugnis selbst auf einem Rechtssatz beruht, so kann sein" — des Handelnden — „Handeln nicht widerrechtlich sein, selbst wenn es einen anderen verletzt." Und weiter: „Diese Anordnung muß für alle Rechtsteile gleichmäßig Kraft haben, denn die Rechtsordnung kann nicht mit sich selbst im Widerspruch stehen: durch eine besondere positive Erlaubnis, so zu handeln, macht sie notwendig eine Ausnahme von jedem allgemeinen Verbot des Handelns".[1]) Nach Zitelmann (S. 27) wird daher nach der Auslegungsregel zu verfahren sein, daß von zwei sich scheinbar widersprechenden Rechtssätzen der eine die Ausnahme von der Regel des anderen bilde. Es wird sich also fragen, ob im vorliegenden Fall die den Vollstreckungsanspruch begründende publizistische Rechtsnorm als ein die Rechtswidrigkeit ausnahmsweise ausschließender Rechtssatz betrachtet werden darf, als eine Ausnahme von der Regel, daß Vermögensschädigung — diese liegt implicite in der Vollstreckung — sine causa widerrechtlich sei. Hierzu soll weiter unten Stellung genommen werden.

Es ist nun der Versuch gemacht worden, auf anderem Wege die sich an dieser Stelle ergebenden Schwierigkeiten auszuräumen. Nach Geib lassen sich die Bedenken, welche gegen die gleichzeitige Rechtmäßigkeit und Widerrechtlichkeit derselben Handlung, nämlich des Vollstreckungsbetriebes obwalten, vermeiden, wenn man den Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers in zwei Handlungen zerlegt, einmal das „Rechtsschutzbegehren" gegenüber dem Staat, dann die „Anspruchsbetätigung" gegenüber dem Schuldner. „Die Klage bedeutet stets eine doppelte Handlung des Klägers: das Begehren des Rechtsschutzes vom Richter und die in Form des Rechtsschutzbegehrens erfolgte Geltendmachung der Erzwingbarkeit des materiellrechtlichen Anspruchs dem Beklagten gegenüber."[2]) Diese Betätigung der Erzwingbarkeit findet Geib darin, daß der Beklagte durch die Klagerhebung gezwungen werde, sich im Wege des Prozesses zu verteidigen, um seine Verurteilung zu vermeiden. Ja schon in

[1]) So Zitelmann S. 21.
[2]) So Geib S. 55/56.

der Androhung, daß der Rechtsweg beschritten werde, findet Geib die Betätigung der Erzwingbarkeit. Den Charakter der „doppelten Aktion“ glaubt Geib (S. 67) besonders auffallend an dem Vollstreckungsbetrieb demonstrieren zu können. Ausdrücklich betont Geib (S. 70), daß ein anderes Recht als der „erzwingbare Anspruch“ vom Gläubiger dem Schuldner gegenüber nicht ausgeübt werde; insbesondere sei jener nicht Subjekt der gegen den Schuldner geübten Zwangsgewalt. Er beruft sich dabei auch auf Binding[1]: „Der Gläubiger exekutiert nicht, er läßt exekutieren“. Subjekt der Zwangsgewalt ist nur der Staat. Auf dieser Grundlage baut sich Geibs Auffassung von den Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger, Schuldner und Staat und weiterhin auch von dem Wesen der Vollstreckungsgegenklage auf. Das rechtliche Verhältnis zwischen Gläubiger und Staat beruht nach Geib (S. 94) allein auf Vollstreckungstitel und Vollstreckungsantrag und bedeutet, daß der Gläubiger „beantragen“ kann, „daß die staatliche Zwangsgewalt gegen den Vollstreckungsschuldner in Gemäßheit des Vollstreckungstitels in Bewegung gesetzt werde“. Einen Vollstreckungs„anspruch“ will Geib aus den bereits oben behandelten Gründen nicht gelten lassen. Besonders hervorgehoben wird hier, daß die Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger und Staat nicht gegründet sei auf den zivilistischen Anspruch. Anders steht es mit dem Rechtsverhältnis zwischen Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner. Hier „bilde der gläubigerische Privatrechtsanspruch die rechtliche Grundlage“. Vollstreckungstitel und Vollstreckungsantrag bilden hier nur „die Vollstreckungscausa“, „begründen die Rechtmäßigkeit der staatlichen Zwangshandlungen im Verhältnis zum Vollstreckungsschuldner; sie rechtfertigen aber nicht die im Zwangsvollstreckungsbetrieb enthaltene Aktion des Vollstreckungsgläubigers gegen den Vollstreckungsschuldner“ (S. 97). Für die Rechtsbeziehung zwischen Schuldner und Staat kommt nach Geib (S. 95) nur der Vollstreckungstitel mit der Vollstreckungsklausel und der Vollstreckungsantrag in Betracht. Die Unterwerfung des Schuldners unter die Zwangsgewalt des

[1]) Normen 2. Aufl. Bd. 1 S. 486.

Staates besteht aber nicht nur unter der Voraussetzung, daß er Schuldner des Vollstreckungsgläubigers ist, sondern beruht auf seiner Stellung als der Staatsgewalt unterworfener Staatsbürger. Es kann daher insbesondere für die rechtliche Beziehung von Staat und Schuldner gleichgültig sein, ob der materielle Anspruch des Gläubigers (§ 767) erfüllt ist.[1]) Mit der Zerreißung des Vollstreckungsbetriebes in zwei Handlungen, welche ihren eigenen Rechtsnormen unterliegen, ist eine Verschiedenheit in der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Vollstreckung gegeben, je nachdem, welche von beiden Handlungen man betrachtet. Die Vollstreckung als Äußerung der staatlichen Vollstreckungsgewalt hängt hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit lediglich ab von der Einhaltung der prozessualen Vorschriften. Ihre Voraussetzungen sind nur Titel, Klausel und Antrag. Sofern dagegen die Vollstreckung betrachtet wird als die gegen den Schuldner gerichtete Betätigung der Erzwingbarkeit des Zivilanspruchs, ist die Rechtmäßigkeit der Aktion bedingt durch das Bestehen des Privatrechtsanspruchs. Fehlt letzterer, so ist die Zwangsvollstreckung unrechtmäßig, mag auch den prozessualen Erfordernissen genügt sein. Wird daher im Auftrage des Gläubigers gegen den Schuldner vollstreckt, trotzdem der dem Titel zugrunde gelegte Anspruch nicht mehr oder nur mehr unter Einschränkungen besteht, so ist das an den Staat gerichtete Rechtsschutzbegehren des Gläubigers (wie auch die Ausübung der Vollstreckungsgewalt seitens des Staates gegen den Schuldner) rechtmäßig, sofern nur die prozessualen Voraussetzungen erfüllt sind. Dagegen ist die gegen den Schuldner gerichtete Anspruchsbetätigung des Gläubigers, trotzdem den Prozeßvorschriften genügt sein mag, widerrechtlich.

Die Schwierigkeit, welche sich für die Auffassung des Vollstreckungsanspruchs als eines vom materiellen Recht unabhängigen Anspruchs ergab, nämlich die Erklärung gleichzeitiger (publizistischer) Rechtmäßigkeit und (privatrechtlicher) Unrechtmäßigkeit des Vollstreckungsbetriebes, scheint durch die Theorie Geibs überwunden zu sein. Sie ist es jedoch nur dann, wenn

---

[1]) Geib S. 95.

es tatsächlich zulässig ist, den Begriff des Vollstreckungsbetriebes in zwei getrennte Handlungen zu zerlegen. Und dann erhebt sich auch die Frage, ob diese Teilung Geib durchweg gelungen ist, ob nicht auch nach seiner Auffassung eine Verbindung zwischen beiden Handlungen weiterbesteht. Es erscheint u. E. schon bedenklich, hier von zwei Handlungen zu reden, da nur ein Erfolg durch den Vollstreckungsbetrieb herbeigeführt wird: die Realisierung des Gläubigerrechts. Geib nennt die gegen den Schuldner gerichtete Handlung des Gläubigers Betätigung der Erzwingbarkeit des Anspruchs. Sofern es sich um Vollstreckung handelt, könnte als Erfolg dieser Handlung doch nur gedacht sein die Realisierung des Anspruchs durch die Staatsgewalt. Denn eine andere Erzwingung als die staatliche Vollstreckung erkennt unsere Rechtsordnung grundsätzlich nicht an.[1]) Genau dasselbe ist aber Ziel und — unter Erfüllung der prozessualen Voraussetzungen — Erfolg des „Rechtsschutzbegehrens". Wird nun durch dieses allein schon der Erfolg herbeigeführt, so entbehrte die Anspruchsbetätigung notwendig eines Zwecks. Andererseits ist, wenn man eine scharfe Trennung beider Handlungen vornimmt, unerfindlich, wie die lediglich gegen den Schuldner gerichtete, von der staatlichen Vollstreckungstätigkeit streng geschiedene Betätigung des Gläubigers einen Erfolg soll herbeiführen können, welchen die Rechtsordnung der Staatsgewalt vorbehält: die Vollstreckung. Gerade gegen die Spaltung des Begriffs des Vollstreckungsbetriebes in die obigen zwei Handlungen werden in einer ausführlichen Kritik Bedenken erhoben von Goldschmidt. Wie oben gesagt, erscheint die Geibsche Doppelteilung bedenklich, wenn man berücksichtigt, daß als Mittel zur Erzwingung grundsätzlich eben nur die staatliche Vollstreckung von der Rechtsordnung gebilligt ist. Hierauf stützt sich auch die Argumentation Goldschmidts. Er weist (S. 13) darauf hin, daß die juristische „Doppelbedeutung" des Vollstreckungsbegehrens für den Gegner und für den Staat mit dem Begriff des Vollstreckungsbegehrens untrennbar ver-

---

[1]) Ausnahmen von diesem Prinzip: §§ 229, 561, 859 BGB.; § 77 preuß. Feld- und Forstpolizeigesetz v. 1. 4. 1880.

bunden ist, nicht auf einer bloß zufälligen Vereinigung zweier juristischer Tatbestände beruht. Die Rechtsordnung würde sich in einen Widerspruch mit sich selbst setzen, wollte sie von zwei begrifflich zusammengehörigen Tatbeständen den einen als publizistische Aktion erlauben, den anderen als privatrechtliche Aktion für rechtswidrig erklären.[1]) Gerade diese Gegensätzlichkeit wird aber von Geib mit Nachdruck vertreten, was um so mehr auffallen muß, als Geib die Zusammengehörigkeit der beiden Aktionen keineswegs leugnet. Im Gegenteil, er sagt (S. 242 Bem. zu S. 66): „U. E. hat der Gläubiger allerdings das Recht, seinen Privatrechtsanspruch zwangsweise auszuüben und zu sichern, aber freilich immer nur in Gestalt des Vollstreckungs- und Arrestbetriebes. In Ermangelung solchen Rechtes müßte jede Exekution und jeder Arrest ein dem Schuldner vom Gläubiger zugefügtes Unrecht sein". Trotzdem die Anspruchsbetätigung also immer nur in Gestalt des hier als Vollstreckungsbetrieb (bezw. Arrestbetrieb) sich äußernden Rechtsschutzbegehrens auftritt und ohne Recht zur Anspruchsbetätigung jede Exekution und jeder Arrest dem Schuldner gegenüber widerrechtlich wäre, glaubt Geib, wie oben dargelegt, das Rechtsschutzbegehren von der materiellrechtlichen Seite des Vollstreckungsbetriebes gänzlich trennen zu können.[2]) Mit Recht sagt Goldschmidt (S. 19/20): „Entweder das Vollstreckungsbegehren ist die Ausübung einer . . . Vollstreckungsbefugnis, welche die Realisierung des zivilrechtlichen Anspruchs nur zum Zweck, nicht zum Inhalt hat, oder das Vollstreckungsbegehren ist begrifflich die Form, in welcher der Anspruchsberechtigte seinen materiellen Privatrechtsanspruch dem Schuldner gegenüber . . . realisiert. Beide Annahmen schließen einander aus". Hiernach glauben wir in der Theorie Geibs eine befriedigende Lösung der Frage nicht erblicken zu dürfen. Auf einer anderen Basis baut sich die Auffassung Goldschmidts bezüglich der Rechtswidrigkeit der Vollstreckung mangels Privatrechtsanspruchs auf. Drei Momente sind es, um welche sich seine Ausführungen

[1]) Goldschmidt S. 13/14.
[2]) So auch Goldschmidt S. 14.

gruppieren: der Privatrechtsanspruch, der von ihm abhängige Vollstreckungsanspruch, der von dem erstgenannten unabhängige „Dienstbefehl“ an die Vollstreckungsorgane. Aus der Erwägung, daß der Vollstreckungsanspruch inhaltlich ein konkretes Recht sei, folgert Goldschmidt (S. 25), daß der materiellrechtliche Anspruch für ihn als „materielle causa“ zu gelten habe. Seiner Behauptung, daß anderenfalls die für die Anwendung des § 767 zum mindesten zu fordernde Beziehung zwischen dem Zivilanspruch und dem Vollstreckungsanspruch fehle, wird u. E. beizutreten sein. Denn jedenfalls dient der Vollstreckungsanspruch der Realisierung eines ganz bestimmten Privatrechts.[1]) Ob diese Zweckbeziehung ausreicht, um die Anwendung des § 767 zu begründen, ist weiter unten zu erörtern. Goldschmidt geht aber noch einen Schritt weiter, indem er (S. 26) behauptet, der Privatsrechtsanspruch sei „unmittelbar, im formalrechtlichen Sinne Voraussetzung des Vollstreckungsanspruchs“. Den Vollstreckungstitel will er nur als „bloßes Formalerfordernis“, also als bloße conditio sine qua non des Vollstreckungsanspruchs, anerkennen unter Berufung auf Langheineken (S. 164). So gelangt Goldschmidt (S. 34) zu dem Ergebnis: „Es verbindet sich der Vollstreckungstitel mit dem privatrechtlichen Tatbestand, um das Leistungsklagrecht, den Verurteilungsanspruch, in einen Vollstreckungsanspruch zu verwandeln“. Insbesondere scheint sich Goldschmidt gegen eine Analogie des Vollstreckungsanspruchs mit dem abstrakten Anspruch des Zivilrechts zu wenden, wenn er (S. 34) sagt: „Das bloße Dasein eines Vollstreckungstitels ist nicht imstande, dem bisherigen Prozeßgegenstand einen neuen, eben den abstrakten Vollstreckungsanspruch zu substituieren“. Goldschmidt (S. 27) vergleicht den Vollstreckungsanspruch als „materielles Justizrecht“ mit dem Strafvollstreckungsrecht. Ebenso wie dieses seinen Grund habe in der Verbrechensbegehung und das Strafurteil „nur die Bedeutung einer weiteren besonderen Voraussetzung des Strafvollstreckungsrechts habe“, so sei der Vollstreckungstitel für den Voll-

[1]) So auch Gaupp-Stein zu § 767 Anm. 1.

streckungsanspruch „nur eine weitere besondere Voraussetzung, welche zu dem die Grundlage des Vollstreckungsanspruchs bildenden Privatrechtsanspruch hinzutritt. Wesentlich für die weitere Entwicklung der Goldschmidtschen Theorie ist es, daß ihr Autor einen Unterschied macht zwischen Vollstreckungsanspruch und Vollstreckbarkeit. Letztere kann nach Goldschmidt bestehen, trotzdem dem ersteren die Grundlage fehlt. So ist es Goldschmidt möglich, das ganze Schwergewicht der unbedingten Wirkung des Vollstreckungstitels in die „Vollstreckbarkeit" zu verlegen. Die unbedingte Wirkung derselben soll jedoch nur die Bedeutung eines „bindenden Dienstbefehls an die Vollstreckungsorgane, zu vollstrecken" haben (S. 42). Während also der Vollstreckungsanspruch durch den Bestand des Zivilanspruchs bedingt ist, wird die Wirksamkeit des Dienstbefehls von einer Modifizierung der materiellen Grundlage der Zwangsvollstreckung nicht affiziert. Auf diesem Wege glaubt Goldschmidt zur Lösung der Frage zu gelangen, inwiefern bei mangelndem Zivilanspruch die Zwangsvollstreckung zugleich rechtmäßig und unrechtmäßig sein könne. Die Lösung lautet: „Sind . . . der richterliche Vollstreckungsbefehl und damit die staatliche Zwangsvollstreckung als solche bei materieller Grundlosigkeit des Vollstreckungsbefehls ebenso widerrechtlich wie im gleichen Fall der Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers" — „sind doch der konkrete Rechtsschutzanspruch der Aktivpartei gegen den Staat und die konkrete Rechtsschutzgewalt des Staats gegen die Passivpartei allenthalben komplementäre Rechte" (S. 75) —, „so sind wegen der unbedingt bindenden Kraft jenes Befehls" — d. h. des Dienstbefehls — „für die Vollstreckungsorgane die Vollstreckungshandlungen der Vollstreckungsorgane selbst rechtmäßig, mag auch der Titel materiell ungerechtfertigt sein" (S. 76). In welchem Sinne Goldschmidt den Dienstbefehl verstanden wissen will, geht aus seinen Ausführungen über den Rechtsgrund der Bindung einer Justizbehörde hervor (S. 42). Im Gegensatz zur Verwaltung, wo diese Bindung durch die Behördensubordination gegeben sei, sei der Grund für die Bindung der Justizbehörde „immer allein und unmittelbar das Gesetz (§ 1 GVG.)" (S. 43).

Dienstbefehle der einen Justizbehörde beanspruchen daher die Anerkennung seitens der andern „im Namen des Gesetzes". Daher will Goldschmidt auch den Ausdruck Dienstbefehl nur im übertragenen Sinne gebrauchen. Wesentlich für diesen Begriff ist, daß der Dienstbefehl zwar die Behörden bindet, indessen weder für noch gegen die Untertanen Rechte erzeugt (S. 43). Besonders scharf finden wir die Herleitung des Dienstbefehls aus dem Gesetz pointiert bei Goldschmidt (S. 45): „Der im Vollstreckungstitel steckende Dienstbefehl des Prozeßrichters an die Vollstreckungsbehörden leitet seine Autorität allein und unmittelbar aus dem Gesetz ab". Für seine Auffassung beruft sich Goldschmidt (S. 49) auf Laband (Bd. 3 S. 352 N. 2), welcher die Ansicht A. S. Schultzes,[1]) das Urteil enthalte keinen Rechtsbefehl, sondern nur die Feststellung des konkreten Rechts, mit folgendem Argument bekämpft: „Der Umstand, daß die Rechtswirkung des Urteils ganz unabhängig ist von seiner Wahrheit, d. h. materiellen Richtigkeit, beweist, daß sie nicht auf eine logische Denkoperation, sondern auf einen Befehl zurückzuführen ist". Bedenklich will es uns erscheinen, daß Goldschmidt diesen Dienstbefehl von der Voraussetzung des Vollstreckungsanspruchs loslösen will. Es mag zunächst unerörtert bleiben, ob die Gründe, aus denen Goldschmidt die Abhängigkeit des Vollstreckungsanspruchs vom Zivilanspruch folgert, im Gegensatz zu der diesseits vertretenen Auffassung stichhaltig sind. Vorerst soll untersucht werden, ob nach Goldschmidt der Dienstbefehl in der Tat unabhängig vom Vollstreckungsanspruch des Gläubigers, ja vom Vollstreckungsrecht des Staates ist. Goldschmidt betont (S. 75) ausdrücklich, daß „so wenig wie in Ermangelung eines Privatanspruchs gegen den Gegner der Vollstreckungsgläubiger ein Recht auf Vollstreckung gegen den Staat hat, . . . der Staat in solchem Falle ein Recht zur Vollstreckung gegen den Vollstreckungsschuldner" hat. Während aber die staatliche Vollstreckung mangels Privatanspruchs unrechtmäßig ist, soll die Tätigkeit der auf Grund eines rechtswidrig erlassenen Dienst-

[1]) Konkursrecht S. 144 ff.

befehls handelnden Vollstreckungsorgane rechtmäßig sein. Diese Konsequenz aus der unbedingten Wirkung des Dienstbefehls zieht Goldschmidt (S. 76) in der Tat. Bedenkenfrei ist es aber nicht, die Frage, ob die Amtsausübung auf Grund eines rechtswidrig erlassenen Dienstbefehls rechtmäßig sei, ohne weiteres zu bejahen.[1]) Insbesondere in der strafrechtlichen Literatur (zu § 113 StGB.) ist sie sehr bestritten.[2]) Es kann dies aber auch dahingestellt bleiben, da ein anderer Grund u. E. entschieden gegen Goldschmidt spricht. Gerade wenn man berücksichtigt, daß Goldschmidt im Dienstbefehl keine bloße Verwaltungsvorschrift an subordinierte Behörden, sondern eine im Gesetz beruhende Bindung einer Justizbehörde erblickt, wird man u. E. sich fragen müssen, ob nicht hierdurch eben das, was die Goldschmidtsche Theorie vermeiden will: ein Widerspruch innerhalb der Rechtsordnung, konstruiert wird, zwar nicht zwischen publizistischen und privatrechtlichen Normen, aber innerhalb des publizistischen Rechts selbst. Übrigens bestreitet Goldschmidt (S. 53) selbst nicht, daß „die Ausübung des materiellen Vollstreckungsanspruchs" in dem Auftrage des Gläubigers liege. Nur will er hierin keinen „Antrag auf Befolgung des unbedingt lautenden Vollstreckungsbefehls" sehen. Daß zur Berücksichtigung der Vollstreckbarkeit der Antrag des Gläubigers gehöre, gibt Goldschmidt (S. 53) selbst zu. Demnach bleibt ohne Auftrag des Gläubigers der Dienstbefehl an die Vollstreckungsorgane wirkungslos. Dieser Auftrag ist aber nach Goldschmidt (S. 53) nichts anderes als Ausübung des Vollstreckungsanspruchs. Wo ein solcher Anspruch mangels Zivilanspruchs — nach Goldschmidts Ansicht — nicht besteht, kann er auch nicht ausgeübt werden; also bleibt der Dienstbefehl wirkungslos. Hierdurch erscheint u. E. die unbedingte Wirkung des Dienstbefehls wesentlich beschränkt. Es bleibt zu untersuchen, ob man nicht bei nachträglichem — d. h. nach Erteilung des Auftrags erfolgendem — Fortfall des Zivil-

[1]) vgl. hierzu Oertmann, Vollstreckungsgegenklage S. 241—243, der die Rechtmäßigkeit einer solchen Amtsausübung ausführlich bestreitet.

[2]) vgl. Literatur bei Goldschmidt S. 76 N. 14.

anspruchs zu einem widersprechenden Ergebnis gelangt. Goldschmidt will den Dienstbefehl unabhängig vom Privatrechts- und Vollstreckungsanspruch wissen. Um ihn in Vollzug zu setzen, ist aber der Antrag des Gläubigers erforderlich, welcher die vom Privatrechtsanspruch abhängige Ausübung des Vollstreckungsanspruchs enthält. Gesetzt den Fall, dieser Antrag wäre rechtmäßig erfolgt, hinterher aber der Zivilanspruch weggefallen, so wäre nach Goldschmidt die Voraussetzung für den Dienstbefehl ein für allemal gegeben, da sie vermöge der unbedingten Wirkung des Dienstbefehls von einer Änderung in der materiellrechtlichen Grundlage nicht angegriffen wird. Wir kämen somit zu dem Ergebnis, daß der ursprüngliche Mangel des Zivil- und mithin des Vollstreckungsanspruchs die Wirksamkeit des Vollstreckungsbefehls zu vereiteln vermag, daß dagegen nachträglicher Fortfall des materiellen Anspruchs auf den Bestand des Dienstbefehls keinen Einfluß hat.

Wenn Goldschmidt darin beigetreten wurde, daß der Zivilanspruch als materielle causa des Vollstreckungsanspruchs aufzufassen sei, so geschah das mit Rücksicht darauf, daß die Rechtsordnung für einen genau bestimmten materiellen Anspruch ein ebenfalls scharf umgrenztes Vollstreckungsrecht des Gläubigers anerkennt, also mit Rücksicht auf die Beziehung zwischen beiden Ansprüchen, vermöge deren der Vollstreckungsanspruch als Mittel zur Realisierung des materiellen Anspruchs erscheint. Eine weitergehende Abhängigkeit des Vollstreckungsanspruchs vom Zivilanspruch vermögen wir aus den angegebenen Gründen nicht zuzugeben. Die Grundlage der Zwangsvollstreckung finden wir in der Bestimmung des § 704 Abs. 1: „Die Zwangsvollstreckung findet statt aus Endurteilen, welche rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind“. Sollte die Zwangsvollstreckung grundsätzlich an das Bestehen des zu vollstreckenden Privatanspruchs gebunden werden, so müßte es in obiger Gesetzesvorschrift heißen: „Die Zwangsvollstreckung findet statt aus den durch rechtskräftige oder für vorläufig vollstreckbar erklärte Endurteile festgestellten Ansprüchen“. Hierin würde die Ansicht Goldschmidts (S. 34), daß sich der Titel mit dem privatrechtlichen Tatbestand verbindet, um das Leistungsklagerecht

in einen Vollstreckungsanspruch zu verwandeln, u. E. deutlichen Ausdruck finden. Die Vorschrift des § 704 Abs. 1 aber nur auf den Dienstbefehl — die Vollstreckbarkeit im Sinne Goldschmidts — zu beziehen, ist u. E. nicht angängig, da wir seine Unterscheidung von Vollstreckungsanspruch und Vollstreckbarkeit nicht anzuerkennen vermögen. Da es in unserer Prozeßordnung einen Vollstreckungsvollzug ohne Auftrag des Gläubigers nicht gibt, scheint uns sowohl „Vollstreckbarkeit" wie „Vollstreckungsanspruch" dasselbe Recht zu bedeuten, nämlich die Befugnis des Gläubigers, die staatlichen Organe zum Vollzug zu veranlassen, nur mit dem Unterschied, daß der Ausdruck „Vollstreckbarkeit" die durch die Vollstreckungsbefugnis begründete objektive Eigenschaft des Titels, „Vollstreckungsanspruch" hingegen die subjektive Berechtigung des Gläubigers auf Vollstreckung bezeichnet. Dieses Ergebnis dürfte auch mit dem Sprachsinne nicht in Widerspruch stehen.

Wenn hiernach der Vollstreckungsanspruch in seinen Existenzbedingungen keine Berührungspunkte mit dem materiellen Anspruch hat, so bleibt nach Ablehnung der Theorien von Geib und Goldschmidt noch immer die Frage bestehen, ob nicht mangels eines Zivilanspruchs die Vollstreckung zwar publizistisch rechtmäßig, hingegen zivilistisch rechtswidrig sei. Durch eine materiell nicht gerechtfertigte Vollstreckung wird dem Vermögen des Schuldners ein Schaden zugefügt, und zwar ist als Autor dieser Schädigung der Gläubiger anzusehen. Denn er macht ein Recht, nämlich die (publizistische) Zulässigkeit der Vollstreckung geltend auf Grund eines Tatbestandes — das Vorhandensein des vollstreckbaren Titels —, kraft dessen die staatlichen Organe verbunden sind, die Vollstreckungshandlungen gegen den Schuldner vorzunehmen. Grundsätzlich ist eine Vermögensschädigung rechtswidrig, es sei denn, daß sie in Ausübung eines Rechts oder unter dem Schutz einer die Widerrechtlichkeit ausschließenden Vorschrift stattfindet. Da es nun u. E. nicht angängig ist, ein und dieselbe Handlung in dem einen Rechtsteil als widerrechtlich, im anderen als rechtmäßig zu betrachten, so ist zu fragen, ob nicht der verbietende Rechtssatz die Regel, der „erlaubende Rechts-

satz“[1]) die Ausnahme von dieser Regel bildet. Im gleichen Sinne Zitelmann[2]): „Da die Rechtsordnung nicht mit sich selbst im Widerspruch stehen kann, so ist notwendig zu schließen, daß nur einer der beiden Rechtssätze im gegebenen Fall anwendbar sein, daß der eine eine Ausnahme von dem anderen bilden solle“. Die Rechtslage kann nun entweder so sein, daß das Verbot die generelle Bestimmung, der erlaubende Rechtssatz die Ausnahme von dieser Regel für einen speziellen Fall ist oder umgekehrt. Endlich ist auch die Möglichkeit gegeben, daß „sowohl der erlaubende wie der verbietende Rechtssatz allgemein sind und sich nur im Anwendungsfall durchkreuzen“.[3]) Der letztere Fall deckt sich u. E. mit dem Verhältnis der privatrechtlichen und der publizistischen Rechtsnormen betreffend die Rechtmäßigkeit der Zwangsvollstreckung. Man wird u. E. nicht sagen können, daß die publizistische Norm unmittelbar eine Ausnahme von der privatrechtlichen bilde, da es sich um zwei selbständige Rechtsgebiete handelt und eine solche Beziehung nirgends ausdrücklich hervorgehoben ist. Allein der Inhalt der beiden Rechtsgebiete spricht u. E. dafür, daß die Prozeßnorm im Kollisionsfalle der Zivilrechtsnorm vorgehe. Das Prozeßrecht stellt diejenigen Rechtsregeln auf, nach denen allein das Zivilrecht seine urteilsmäßige Feststellung und seine Verwirklichung finden kann. Es hieße dem Zivilrecht diese Möglichkeit unterbinden, wollte man die Prozeßnormen durch widersprechende Zivilrechtsregeln ausschalten lassen. Das bedeutet für die vorliegende Frage, daß die Rechtmäßigkeit der Vollstreckung mangels Privatrechtsanspruchs lediglich nach Prozeßrecht zu beurteilen ist; hiernach ist sie rechtmäßig, und zwar nicht nur für das Prozeßrecht, sondern da das zivilistische Grundprinzip von der Widerrechtlichkeit der Vermögensschädigung durch die Prozeßnorm zurückgedrängt wird, für das ganze Rechtsgebiet. Hierdurch wird aber nichts daran geändert, daß dem Vollstreckungsanspruch seine materielle causa fehlt. Daß die Ausübung eines nur formal bedingten Rechts sine causa nicht materiell widerrechtlich zu

[1]) So Zitelmann S. 21.
[2]) S. 27.
[3]) So Zitelmann S. 28.

sein brauche, wird auch von Goldschmidt (S. 16/17) bestätigt: „Gewiß ist die Innehabung eines abstrakten Rechts ohne materiellen Grund ein in letzter Linie unberechtigtes Haben, ein sogen. rechtswidriger Zustand . . . Aber eine — formell oder materiell — rechtswidrige Handlung, so daß sich darauf eine Schadensersatzpflicht . . . gründen ließe, ist die Ausübung eines abstrakten Rechts, solange es nun einmal besteht, auch sine causa nicht". Wenn nun auch der Vollstreckungsbetrieb ohne materielle causa rechtmäßig ist, wird man sich fragen müssen, worauf dann die Bedeutung von Einwendungen gegen den Privatrechtsanspruch für die Zwangsvollstreckung im Sinne von § 767 gegründet werden kann. Vermöge seines konkreten Inhalts bezieht sich der Vollstreckungsanspruch stets auf einen individuell bestimmten Privatrechtsanspruch, dessen Realisierung allein er dienen soll. In dieser Zweckbeziehung hat u. E. der Rechtsgedanke seinen Grund, daß Einwendungen gegen den zu vollstreckenden Zivilanspruch nicht ohne Einfluß auf die Vollstreckung bleiben dürfen. Es soll hierdurch die Ausübung eines Rechts sine causa verhütet werden. Dies kann aber nur geschehen, indem durch richterlichen Akt der Vollstreckungsanspruch angegriffen wird; daß die Kausalosigkeit an sich nicht genügt, um den Vollstreckungsanspruch zu zerstören, wurde oben gezeigt (arg. die lediglich formale Bedingtheit des Vollstreckungsanspruchs).

§ 13.

Hiermit sind wir zu der Frage gelangt, was als Gegenstand der Vollstreckungsgegenklage zu betrachten sei. Diesseits wurde bereits die Richtung der Klage gegen den Vollstreckungsanspruch hervorgehoben.

Wenn in der Literatur die Ansichten sowohl über diese Frage als über die rechtliche Natur der Klage aus § 767 überhaupt weit auseinandergehen, so liegt das zum großen Teil daran, daß die Beziehung vom Privatanspruch und Vollstreckungsrecht des Gläubigers sehr verschieden aufgefaßt wird. Gerade darum war es u. E. erforderlich, auch diesseits zu dieser Frage Stellung zu nehmen.

Im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung wird mehrfach als Gegenstand der Vollstreckungsgegenklage der der Zwangsvollstreckung zugrunde liegende Zivilanspruch angesehen. So von Falkmann, welcher (S. 397) zwar zugibt, daß „im Endergebnisse die Feststellung, daß die Vollstreckung aus dem Urteile nicht mehr zulässig sei", bezweckt werde, aber meint, hiervon als „unmittelbaren Gegenstand des Rechtsstreits" die Frage sondern zu müssen, „ob Tatsachen eingetreten sind, die nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts den Urteilsanspruch aufheben oder hemmen" (S. 397). Die Unzulässigkeit der Vollstreckung sei lediglich die Folge dieses Tatbestandes (S. 398). Demzufolge hat nach Falkmann das der Vollstreckungsgegenklage stattgebende Urteil nur auszusprechen, „daß der Urteilsanspruch getilgt, erloschen ... gestundet sei" (S. 398). Wenn Falkmann ebendort meint, daß § 775 Nr. 1 gegen seine Auffassung nichts besage, so erscheint uns dies nur unter dem Gesichtspunkt haltbar, daß man die Abhängigkeit des gläubigerischen Vollstreckungsrechts vom Bestande des Privatrechtsanspruchs anerkennt. Denn sonst ergibt sich aus einem lediglich den Fortfall des zivilistischen Anspruchs aussprechenden Erkenntnisse nicht, „daß die Vollstreckung unzulässig ist" (S. 398). Wenn Falkmann darauf hinweist, daß der Gerichtsvollzieher gemäß § 775 Nr. 4 die Vollstreckung einzustellen oder zu beschränken habe, wenn eine Urkunde über Befriedigung oder Stundung vorgelegt wird, so kann daraus u. E. eine Abhängigkeit des Vollstreckungsrechts vom zivilistischen Anspruch nicht gefolgert werden.[1]) Denn § 775 gibt lediglich eine Vorschrift für den Vollstreckungsbeamten, ohne die Frage der Zulässigkeit der Vollstreckung selbst zu regeln, wie sich u. E. aus dem Gegensatz der Terminologie in § 775 Abs. 1 u. Nr. 1 („Ist einzustellen oder zu beschränken" gegenüber „Entscheidung..., aus welcher sich ergibt, daß ... die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt" ... ist; ferner „Für

[1]) Aus der Gesamtheit der Vorschriften des § 775 folgert Oertmann, Vollstreckungsgegenklage S. 207/08, gerade die Unabhängigkeit des Vollstreckungsanspruchs vom Zivilanspruch, da nur an die im § 775 bestimmten „Erkenntnisgründe" die Folge der Einstellung oder Beschränkung der Vollstreckung geknüpft sei.

unzulässig erklärt“ gegenüber „Einstellung angeordnet“) ergibt. Auf dem gleichen Standpunkt wie Falkmann scheint hinsichtlich des Gegenstandes der Vollstreckungsgegenklage Kohler[1]) zu stehen, wenn er sagt: „Die res judicata bezieht sich auf die Frage, ob eine causa, und zwar ob eine zivilistische Verbindlichkeit als causa existiert . . .; sie erledigt nicht etwa bloß die Frage, ob die betreffende Vollstreckungsmaßnahme fortbestehen darf oder nicht; das letztere ist nur eine Konsequenz der Entscheidung bezüglich der causa“. Und schärfer pointiert: Es ergebe sich, daß „wenn zu gleicher Zeit der Kläger auf Feststellung der Schuld geklagt hätte, der Prozeßstoff der gleiche wäre wie bei der Vollstreckungsgegenklage“ (S. 18). In ähnlichem Sinne wie hier, aber mehr vermittelnd, Bd. 80 S. 145 a. a. O.: Ausgangspunkt der Vollstreckungsgegenklage sei die Behauptung, daß keine Verpflichtung bestehe; das Ziel sei ein prozessualisches: „die Abstumpfung oder das Zurückdrängen eines Vollstreckungserregers“. Auch Geib (S. 131) will einen wesentlichen Unterschied zwischen dem Inhalt der Klage aus § 767 und dem der negativen Feststellungsklage betreffend den zivilistischen Anspruch nicht anerkennen, da es unerheblich sei, ob mit der Vollstreckungsklage nur auf „Nichtexistenz des materiellen Anspruchs oder auch noch weiterhin auf Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung geklagt“ werde. So enthalte die Vollstreckungsgegenklage auch nur die Abwehr des Vollstreckungsbetriebs unter Bestreitung des materiellen Anspruchs des Vollstreckungsgläubigers. Besonders scharf tritt Geibs Ansicht hervor, wenn er (S. 127) sagt: „Es stelle sich heraus, daß es lediglich der materielle, durch das Urteil festgestellte Anspruch ist, gegen den sich die hier in Frage stehende klagweise vorzubringende Defension des Vollstreckungsschuldners richtet“. Welche Bedenken von dem diesseits vertretenen Standpunkt gegen diese Auffassung vom Gegenstande der Klage aus § 767 zu erheben sind, liegt auf der Hand. In der Unabhängigkeit des Vollstreckungsanspruchs vom Zivilanspruch ist es begründet, daß durch eine auf das Nichtbestehen des Zivilanspruchs

[1]) Im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 72 S. 17.

gerichtete Feststellungsklage dem Schuldner gegenüber der Vollstreckung nicht genützt würde. Der durch den vollstreckbaren Titel geschaffene Rechtszustand erführe durch eine solche Feststellungsklage keine Änderung. Zu einem dem von Falkmann (S. 397) vertretenen genau widersprechenden Ergebnis gelangt Weismann (S. 97). Wenn auch bei der Entscheidung über die Vollstreckungsgegenklage es sich darum handle, ob der Zivilanspruch bestehe oder nicht, so bilde dies dennoch nicht den „unmittelbaren Gegenstand" des Prozesses, denn es gelte gerade dem Gläubiger die „Vollstreckungsmacht" zu entziehen. Im gleichen Sinne Bunsen[1]: „Die Klage ist keine materiellrechtliche, da bloße Einredetatsachen ein Klagrecht nicht zu erzeugen vermögen". Er sieht in der Vollstreckungsgegenklage eine Klage, welche gerichtet ist gegen die Wirkung des Urteils sowie jedes vollstreckbaren Titels: das Vollstreckungsrecht des Gläubigers.[2] Zum gleichen Ergebnis gelangt Kisch (S. 66), welcher in der Untersuchung, ob der Zivilanspruch noch bestehe, nicht das „Hauptobjekt" der Entscheidung, vielmehr nur „ein Element der weiteren Frage" sehen will, ob wegen der Änderung der zivilistischen Grundlage der Vollstreckung „die prozessuale Wirkung der Vollstreckbarkeit beseitigt werden solle". Hellwig[3] ist hinsichtlich der Widerspruchsklagen, zu welchen er auch die Vollstreckungsgegenklage zählt, der Ansicht, daß „zivilistische Verhältnisse, von deren Bestehen oder deren Nichtbestehen das Widerspruchsrecht abhängig ist", im Widerspruchsprozeß „als solche nicht zur rechtskraftsfähigen Feststellung kommen". Hiermit scheint uns nicht ohne weiteres vereinbar, daß Hellwig von dem auf die Vollstreckungsgegenklage ergehenden Urteil sagt, es entscheide über den „befriedigungsbedürftigen Anspruch".[4] Dieser ist doch ein zivilistisches Verhältnis, von dessen Nichtbestehen das Widerspruchsrecht des Schuldners abhängt. Wir glauben Hellwig nur insoweit zustimmen zu können, als gemäß § 767 Abs. 1 notwendigerweise

[1]) Lehre von der Zwangsvollstreckung S. 56.
[2]) Ebenda S. 57.
[3]) Lehrb. Bd. 1 S. 399.
[4]) Anspruch und Klagrecht S. 166 Note 12.

die Entscheidung über das Widerspruchsrecht nur gestützt werden kann auf die Entscheidung über die Einwendungen, also über den Bestand des Zivilanspruchs,[1]) welche zwar an der Rechtskraft der Entscheidung über das Widerspruchsrecht teilnimmt, aber nicht als solche Gegenstand der Klage ist. Dies ist vielmehr nur die Entscheidung über das Widerspruchsrecht.[2]) Wenn der Gegenstand der Klage aus § 767 demnach auch nicht rein prozessual ist, so liegt sein Schwerpunkt dennoch auf prozessualem Gebiet.[3]) Abzulehnen ist u. E. die Auffassung, welche als Gegenstand der Vollstreckungsgegenklage die Aufhebung des Vollstreckungstitels selbst, also im Falle des § 767 die Aufhebung des den Anspruch feststellenden Urteils ansieht. Soweit wir sehen, ist dieser von v. Sarwey (Bd. 2 S. 145) vertretene Standpunkt heute allgemein verlassen. v. Sarwey formuliert seine Auffassung dahin, daß die Klage des § 767 „die Aufhebung oder Modifikation der aus dem zur Vollstreckung stehenden Urteil resultierenden Verpflichtung des Beklagten (nunmehrigen Klägers)“ bezwecke. Ganz abgesehen davon, daß wir für das heutige Recht einen besonderen Judikatsanspruch[4]) nicht anzuerkennen vermögen, läßt sich v. Sarweys Ansicht u. E. nicht mit dem Prinzip der materiellen Rechtskraft des Urteils vereinigen. Nach § 767 Abs. 2 können nur solche Einwendungen geltend gemacht werden, welche nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil erging, entstanden sind. Mit solchen Einwendungen kann aber nicht erwiesen werden, daß der Anspruch in dem obigen für die Urteilsfällung maßgebenden Zeitpunkt nicht bestand, sondern nur, daß nachher der Anspruch untergegangen oder modifiziert worden ist. Was hierin zum Ausdruck gelangt, ist aber nichts anderes als das Prinzip der materiellen Rechtskraft, demzufolge „dem Sachurteil eine den Anspruch endgültig feststellende Kraft

[1]) Hierin ist Kohler, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 72 S. 17 zuzustimmen.

[2]) So auch Oertmann, Vollstreckungsgegenklage S. 239, der aber die Feststellung des Urteils hinsichtlich des materiellen Anspruchs von der Rechtskraft ausnimmt.

[3]) Anders Goldschmidt S. 58.

[4]) Diesen scheint auch zugrunde zu legen Reincke S. 635.

beigelegt wird",[1]) endgültig in dem Sinne, daß eine andere Entscheidung betreffend den Anspruch für den Zeitpunkt der Urteilsfällung ausgeschlossen wird; nicht wird dadurch die spätere Feststellung unmöglich gemacht, daß nachher der Anspruch erloschen ist. Es wird u. E. daher der herrschenden Meinung[2]) darin zuzustimmen sein, daß die Vollstreckungsgegenklage nicht auf Aufhebung des im Hauptprozeß ergangenen Urteils abzielen kann. Eine solche Aufhebung muß für den Fall, daß das angegriffene Urteil noch nicht rechtskräftig ist, den ordentlichen Rechtsmitteln — Berufung und Revision — für den Fall, daß es die Rechtskraft schon beschritten hat, den außerordentlichen Rechtsbehelfen — Restitutions- und Nichtigkeitsklage — vorbehalten bleiben. Zweck der Vollstreckungsgegenklage ist u. E., dem Schuldner ein Verteidigungsmittel gegen die Vollstreckung zu gewähren, das sich auf die Veränderung der materiellen Rechtslage stützt. Es fragt sich hier, ob die Klage aus § 767 sich lediglich auf die Bekämpfung der konkreten Vollstreckungsmaßregel beschränkt, oder ob sie dem Schuldner ganz allgemein für die Zukunft gegen die Vollstreckung aus einem bestimmten Zivilrechtsverhältnis Schutz bieten soll. Daß die Vollstreckungsgegenklage sich unmittelbar nur gegen die dem Schuldner gegenüber vorgenommenen Vollstreckungsmaßregeln richte, ist die Ansicht von David: „Der Klaganspruch geht nur auf Aufhebung dieser Exekution und Wiederherstellung des vorigen Standes. Durch das auf die Vollstreckungsgegenklage ergehende Urteil wird lediglich entschieden, daß die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßnahmen zu Unrecht gegen den Schuldner ergangen seien, und auf den Antrag des Schuldners, daß das bereits Geleistete wieder zurückgegeben werden müsse".[3]) Dies würde zu dem bedenklichen Ergebnis führen, daß gegen jede neue Vollstreckungsmaßregel eine neue Klage angestrengt werden müßte, was wohl nicht der Sinn der Vorschrift des § 767 sein

[1]) R. Schmidt S. 746.

[2]) So u. a. Geib S. 122; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 166 Note 12; Kisch S. 165; Kleinfeller S. 662; Langheineken S. 179; Weismann S. 97; v. Wilmowski-Levy S. 934.

[3]) Zeitschr. f. d. Zivilprozeß Bd. 20 S. 432.

kann, zumal der Schuldner nach Abs. 3 dieses Paragraphen in seiner Klage bei Gefahr des Ausschlusses alle Einwendungen zu erheben hat, welche er zur Zeit der Klageerhebung geltend zu machen imstande war. Somit wären regelmäßig seine Einwendungen durch die erste Klage erschöpft, und gegenüber weiteren Vollstreckungmaßregeln wäre er machtlos, sofern er nicht neue Einwendungen ausfindig machte. Diese Konsequenz will David (S. 432) auch nicht ziehen. Er behauptet: „Trotzdem bewirkt das Urteil durch die in ihm enthaltene Feststellung der Unrechtmäßigkeit der Vollstreckung die Unmöglichkeit jedes weiteren Vorgehens gegen den Schuldner". M. a. W.: David gelangt dazu, in der Vollstreckungsgegenklage eine Klage auf — allerdings mittelbare — Feststellung des Nichtbestehens des Vollstreckungsanspruchs anzuerkennen. Insofern er diese Richtung der Klage aus § 767 gegen den Vollstreckungsanspruch zugibt, deckt sich seine Auffassung mit der hier vertretenen. Daß diesseits die Vollstreckungsgegenklage nicht als Feststellungsklage betrachtet wird, ist unten zu begründen. Es ergibt sich dies auch schon aus der grundsätzlich verschiedenen Auffassung von den Existenzbedingungen des Vollstreckungsanspruchs.[1])

§ 14.

Es ist in der Literatur streitig, nicht nur unter welche der in der Prozeßwissenschaft anerkannten Klagkategorien man die Vollstreckungsgegenklage zu bringen habe, sondern darüber hinaus, ob eine solche Subsumtion überhaupt angängig sei. So will Weismann (S. 96) in der Vollstreckungsgegenklage einen „eigentümlichen auf Abwehr der Zwangsvollstreckung gerichteten Prozeß-

[1]) Übereinstimmend in der Auffassung, daß die Beseitigung des Vollstreckungsrechts Gegenstand der Klage aus § 767 sei, Bunsen, Lehre von der Zwangsvollstreckung S. 57; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 491; Gaupp-Stein zu § 767 Anm. IIc; Kisch S. 166; Neukamp S. 879, 880; Planck S. 702; Struckmann-Koch zu § 767 Anm. 2 S. 731. Auch nach Langheineken (S. 180), welcher die Klage als Feststellungsklage ansieht, wie David, ist Gegenstand dieser Feststellung das Nichtbestehen des Vollstreckungsanspruchs.

behelf“ erblicken, dem die Form der Klage gegeben sei. Jedenfalls handle es sich um eine Klage eigener Art. Bemerkenswert ist, daß Weismann (S. 97) anerkennt, durch das der Vollstreckungsgegenklage stattgebende Urteil werde die formale Vollstreckungsbefugnis des Gläubigers aufgehoben. Hierin nähert er sich der Ansicht derjenigen Autoren, welche in der Klage aus § 767 eine Klage auf rechtsgestaltendes Urteil sehen. Als eine eigenartig begründete Klage will sie auch Kohler[1]) behandeln. Daraus daß dieselbe einen Angriff nicht gegen ein einzelnes Vermögensstück, sondern gegen das Vermögen des Schuldners überhaupt, bei den obligationes faciendi gegen die Person des Schuldners, abwehren will, folgert er (S. 15), daß es sich hier handle um einen Anspruch zur Wahrung der individuellen Integrität gegen den exekutiven Angriff, einen Anspruch aus dem Individualrecht. Kohler will daneben aber auch eine andere Konstruktion gelten lassen: Man dürfe die Exekution ohne zivilistischen Anspruch ansehen als Exekution sine causa; eine solche causa „müsse“ jeder Exekution aber zugrunde liegen. Als Ausfluß, sei es nun dieser Kausalosigkeit der Exekution, sei es der oben besprochenen Verletzung des Individualrechts, betrachtet Kohler den Inhalt des in der Vollstreckungsgegenklage enthaltenen Anspruchs: Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahmen und Wiederherstellung des status quo ante. In dem über diesen Anspruch entscheidenden Urteil liegt nach Kohler (S. 17) zugleich eine „Entscheidung der vollen Frage über die causa des Vollstreckungstitels und damit eine Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der zivilistischen Verbindlichkeit“. Darin daß die Klage auf Wiederherstellung des status quo ante gerichtet ist, stimmt mit Kohler überein v. Wilmowski-Levy (S. 934). Sofern der Gläubiger auf Grund der vorgenommenen Vollstreckungshandlungen bereits Gegenstände aus dem Vermögen des Schuldners erlangt hat,[2]) wäre daher der Klageantrag zu

[1]) Arch. f. ziv. Prax. Bd. 72.

[2]) Gerade diese einer „Leistungsklage“ wesentliche Voraussetzung steht nach Oertmann, Vollstreckungsgegenklage S. 223 in Widerspruch mit der Zweckbestimmung der Klage aus § 767, da eine dermaßen beschränkte Klage dem Schuldner „den an erster Stelle wünschenswerten präventiven Schutz versagen“ würde.

stellen auf Verurteilung des Beklagten zur Rückgabe. Hierin liegt ohne Zweifel ein Element der Leistungsklage. In der Tat wird in der Literatur die Klage aus § 767 vielfach als Leistungsklage bezeichnet, teils ausschließlich, teils in Verbindung mit einer Feststellungsklage und Klage auf rechtsgestaltendes Urteil. So sagt Kleinfeller (S. 662/63): Die Vollstreckungsgegenklage „bezweckt weder lediglich eine Feststellung des durch die nachträglich eingetretenen Tatsachen veränderten Rechtsverhältnisses noch macht sie ausschließlich einen Anspruch auf Unterlassung des Betriebs der Vollstreckung sowie auf Duldung der Aufhebung bereits erfolgter Vollstreckungsmaßregeln (§ 770) geltend, sondern ist zugleich eine Leistungsklage und insoweit als die Einwendung reicht, auch auf die Beseitigung der Vollstreckungsklausel gerichtet, fordert demnach zugleich ein rechtsgestaltendes Urteil".[1]) Eine eigenartige Ausgestaltung hat der auch bei Kleinfeller (S. 663) hervortretende Gedanke, daß nach dem Eintritt der die Einwendungen des § 767 begründenden Tatsachen das Vollstreckungsrecht des Gläubigers eine ungerechtfertigte Bereicherung darstelle, durch Oetker, Pagenstecher und Schwartz gefunden. Nach Oetkers Ansicht ist die Klage des § 767 eine condictio sine causa. Es befindet sich ohne rechtfertigenden Grund ein Vollstreckungstitel faktisch im Vermögen des Beklagten. Hierin sieht Oetker ein ungerechtfertigte Bereicherung.[2]) Der Anspruch des klagenden Schuldners gehe nun dahin, der Richter möge den Titel vernichten. In dieser Auffassung stimmt Oetker Pagenstecher (S. 374/75) zu. Schwartz (S. 106) bezeichnet die Vollstreckungsgegenklage als condictio ob causam finitam, jedoch nur ihrer materiellen Grundlage nach. Die Form, in der sie erhoben werde, sei die der negativen Feststellungsklage (S. 108). Insofern stimmen Oetker und Pagenstecher mit der hier vertretenen Ansicht überein, als sie die Unabhängigkeit des Vollstreckungsanspruchs von den Wandlungen des zivilistischen

---

[1]) In ähnlichem Sinne v. Wilmowski-Levy S. 934; auch Reincke, welcher als praktisches Ziel der Klage die Unzulässigkeit, Einstellung oder Aufhebung der Vollstreckung ansieht, will die Klage regelmäßig als Feststellungs-, mitunter aber auch als Leistungsklage gelten lassen (S. 635).

[2]) Grundbegriffe S. 213, Fragen S. 86.

Rechts anerkennen. Hingegen ist es u. E. bedenklich, ohne weiteres die Klage auf Vernichtung des Vollstreckungsrechts als Leistungsklage zu betrachten. Denn der Vollstreckungsanspruch wird begründet durch den Titel nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts. Zu seiner Vernichtung wird sowohl von Oetker wie von Pagenstecher ein richterlicher Akt gefordert. Nicht aber kann diese Vernichtung Gegenstand eines Leistungsanspruchs an den Beklagten sein, welcher doch der Vollstreckungsgegenklage, wenn sie eine condictio enthielte, zugrunde liegen müßte. Daß die condictio gegeben ist, wo der Gläubiger auf Grund der Zwangsvollstreckung sine causa Vermögensstücke des Schuldners erhalten hat, kann für die vorliegende Frage nicht von Belang sein. Denn dort handelt es sich nicht um eine prozessuale Klage, sondern um eine Klage aus § 812 BGB. Voraussetzung für die Richtigkeit der Ansicht Oetkers ist weiter, daß man in dem Vollstreckungsrecht des Gläubigers eine Bereicherung, also eine Vermehrung des Vermögens erblicken darf. Gerade gegen diese letztere Auffassung wendet sich Hommel (S. 24), der im Vollstreckungsrecht nur die Möglichkeit, zu einer Vermögensvermehrung zu gelangen, sehen will. Ihm wird von Pagenstecher (S. 374 N. 879) entgegnet, man könne ebensowenig erst dann von einer Vermögensvermehrung des Gläubigers reden, wenn er sein Vollstreckungsrecht ausgeübt habe, wie bei der Grundschuld erst dann, wenn der Inhaber derselben die Zahlung aus dem Grundstück erzwungen habe. Diese Parallele ist u. E. aber nicht glücklich gewählt. Pagenstecher stellt hier auf die gleiche Stufe ein Recht des Gläubigers gegen seinen Schuldner (Grundschuld) und ein „Recht“ des Rechtsgenossen gegen den Staat.[1]) Es ist u. E. aber nicht angängig, beide als Vermögensrechte zu bezeichnen. Vermögen nennt man die Gesamtheit der Aktiva und Passiva einer Person: die Summe seiner zivilistischen Rechte und Berechtigungen einerseits,[2]) seiner Verbindlichkeiten andererseits. Dazu gehören aber nicht publizistische Rechte. Das Voll-

---

[1]) Ebenso auch Oertmann, Vollstreckungsgegenklage S. 231.

[2]) Mit Ausnahme der Familienrechte.

streckungsrecht des Gläubigers ist aber ein solches. Wenn Falkmann (S. 383) gegen Oetker ausführt, die Vollstreckungsgegenklage könne deshalb nicht als condictio angesehen werden, weil „das Urteil und die dadurch gewährte Vollstreckungsmöglichkeit ... keine ‚Leistung' des Schuldners im Sinne des § 812 Abs. 2 BGB." darstellen, so ist dem zunächst entgegenzuhalten, daß ein solches Moment nicht zu den Erfordernissen der condictio gehört. Es genügt, daß der Kondiktionsschuldner „auf Kosten" des anderen Teils bereichert ist. Aber auch unter dieser Voraussetzung ist u. E. die Theorie Oetkers nicht haltbar. Die Bereicherung des Vollstreckungsgläubigers müßte eine Vermögensminderung des Vollstreckungsschuldners bedingen. Daß dies im Falle der Vollstreckungsgegenklage zutrifft, hat Hommel (S. 24/25) bestritten, und hiergegen hat sich wieder unter Hinweis auf die Analogie der Grundschuld Pagenstecher (S. 374 N. 879) gewandt. Mit Recht zwar bemerkt dieser gegenüber Hommel, es sei kein Erfordernis der condictio, daß die Bereicherung „aus dem Vermögen" des Kondiktionsgläubigers stamme. Es genügt die „Identität des den Verlust des einen und den Gewinn des anderen vermittelnden Umstandes".[1]) Allein auch wenn man diese u. E. zutreffende Ansicht zugrunde legt, so wird man die Vollstreckungsgegenklage deshalb nicht als condictio bezeichnen dürfen, weil das Vollstreckungsrecht des Gläubigers eine Vermögensminderung des Schuldners nicht mit sich bringt. Es wird lediglich für die Person des Gläubigers die Möglichkeit geschaffen, mit (formalem) Recht eine nicht geschuldete Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung einzutreiben; bevor er die Vollstreckung tatsächlich ausführen läßt, wird aber das Vermögen des Schuldners nicht affiziert.[2]) (Auch hier versagt u. E. Pagenstechers Parallele der Grundschuld.) Die hier gegen die Auffassung, daß die Vollstreckungsgegenklage klage-

[1]) So Oertmann Vorbem. zu §§ 812ff., 2d.

[2]) Anders Oertmann, Vollstreckungsgegenklage S. 232, welcher eine solche Vermögensminderung erblicken will in dem „Unterworfensein des Schuldners unter die staatliche Vollstreckungsgewalt", welches ein notwendiges Gegenstück zum Erwerb des Vollstreckungsanspruchs seitens des Gläubigers sei.

weise Geltendmachung einer condictio sine causa sei, vorgebrachten Gründe gelten mit Ausnahme des letzten in gleicher Weise gegenüber der Theorie von Schwartz. Insofern dieser die Vollstreckungsgegenklage wenigstens der Form nach als negative Feststellungklage betrachtet, wird im folgenden noch von dieser Auffassung zu reden sein. In Ablehnung der Kondiktionsnatur mit der hier vertretenen Meinung übereinstimmend Weismann (S. 97), mit der Begründung, der angestrebte Erfolg der Klage aus § 767 sei ein prozessualer, nicht hingegen Änderung der materiellen Vermögenslage (Geib S. 123 N. 1).[1])

Wenn im folgenden die Auffassung derjenigen Autoren erörtert wird, welche in der Vollstreckungsgegenklage eine negative Feststellungsklage, sei es nun betreffend den Zivilanspruch, sei es betreffend den Vollstreckungsanspruch, erblicken, so soll zunächst der diesseits bestehende grundsätzliche Gegensatz zu der dort vertretenen Ansicht über die Voraussetzungen des Vollstreckungsanspruchs hintangesetzt, und es soll versucht werden, die Theorie der Feststellungsklage von ihrer Grundlage aus zu beurteilen. Anders als es diesseits geschehen, muß diese Theorie davon ausgehen, daß der Vollstreckungsanspruch (bezw. gleichbedeutend „Vollstreckungsrecht") durch den Bestand des der Vollstreckung zugrunde liegenden zivilistischen Anspruchs bedingt ist. Sicher ist dies jedenfalls für diejenige Auffassung anzunehmen, welche in der Vollstreckungsgegenklage eine negative Feststellungsklage hinsichtlich des Vollstreckungsanspruchs sieht. Eine solche Feststellung kann naturgemäß nur dann erfolgen, wenn der Vollstreckungsanspruch durch Fortfall seiner zivilistischen Grundbedingungen erloschen ist. Aber auch für die Theorie von der auf das Nichtbestehen des Privatrechtsanspruchs gerichteten Feststellungsklage muß dies u. E. gelten. Denn nur dann kann eine richterliche Feststellung rechtlich relevant sein, wenn ihr Inhalt es ist. Was der Fortfall des zivilistischen Anspruchs nicht vermag, vermag auch nicht dessen gerichtliche Feststellung. Soll daher die richterliche Feststellung des Nicht-

[1]) Im Ergebnis gleicher Ansicht auch Oertmann, Vollstreckungsgegenklage S. 232.

bestehens des Zivilanspruchs dem von der Vollstreckung bedrohten Schuldner nützen, so muß der Fortfall des zivilistischen Anspruchs an sich den Vollstreckungsanspruch zum Erlöschen gebracht haben. Nur dann kann das Urteil für die Vollstreckungsorgane von Bedeutung sein. Eine weitere Bedeutung als rechtskräftige Feststellung des Nichtbestehens des Vollstreckungs- bezw. Zivilanspruchs kann aber das auf die Vollstreckungsgegenklage ergehende Urteil im Sinne dieser Theorie nicht haben. Sonst wäre die Grenze zum rechtsgestaltenden Urteil überschritten.

Nach Falkmann (S. 383) ist die Vollstreckungsgegenklage „eine Feststellungsklage, gerichtet auf das Nichtmehrbestehen des durch das Urteil festgestellten Rechtsverhältnisses". Daraus daß im Ende die Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung bezweckt wird, ist nach Falkmann (S. 397) nicht zu folgern, daß das Vollstreckungsrecht unmittelbar Gegenstand der Klage sei. Gleicher Ansicht mit Falkmann ist R. Schmidt (S. 1012). Allerdings spricht dieser S. 883 von „der Klage des § 767, welche die Zivilprozeßordnung allgemein zur Beseitigung vollstreckbarer Titel geschaffen hat". Dies scheint nicht vereinbar mit seiner S. 1012 vorgetragenen Ansicht, die Vollstreckungsgegenklage sei eine negative Feststellungsklage, „gerichtet auf die Feststellung, daß der für vollstreckbar erklärte Anspruch nicht mehr besteht". Denn eine Beseitigung eines vollstreckbaren Titels durch richterliche Entscheidung würde nur durch Klage auf rechtsgestaltendes Urteil erlangt werden können. Eine Sonderstellung nimmt hier ein Geib, welcher sich S. 122 für den Feststellungscharakter der Klage aus § 767 [1]) ausspricht. Mit Rücksicht auf seine Zerlegung der Vollstreckung in zwei „Aktionen" ist es für ihn möglich, an der Unabhängigkeit des gegen den Staat gerichteten Vollstreckungsrechts des Gläubigers von dem gegen den Schuldner gerichteten Zivilanspruch festzuhalten (S. 124) und dennoch die Vollstreckungsgegenklage als Feststellungsklage zu bezeichnen. Nach Geib ist durch den Bestand

[1]) Hiergegen, insbesondere aus rechtspolitischen Erwägungen, Oertmann, Vollstreckungsgegenklage S. 215/16.

des Privatanspruchs bedingt lediglich das Vollstreckungsrecht des Gläubigers gegenüber dem Schuldner: das Recht der Anspruchsbetätigung. Der Einwand der Vollstreckungsgegenklage, „daß wegen mangelnden materiellen Anspruchs der Vollstreckungsbetrieb unzulässig sei, ist also gerichtet gegen die Anspruchsbetätigung des Vollstreckungsgläubigers, nicht gegen Begehren und Gewähren des Rechtsschutzes, der seine causa nicht im materiellen Anspruch hat und deshalb auch ohne diesen zulässig, rechtmäßig und rechtswirksam ist“ (S. 120). Hieraus ergibt sich der Charakter des der Vollstreckungsgegenklage stattgebenden Urteils. Es stellt fest, daß „der Vollstreckungsgläubiger wegen mangelnden materiellen Anspruchs die Befugnis zur Betätigung der seinem angeblichen Anspruch immanenten Erzwingbarkeit gegen den Vollstreckungsschuldner nicht habe“ (S. 125). Diese Auffassung steht und fällt mit der Zulässigkeit einer Spaltung des Vollstreckungsbetriebes in zwei Teile. Die gegen die letztere bestehenden Bedenken sind bereits oben behandelt worden. Verbreiteter als die im vorstehenden dargelegten Auffassungen ist die Theorie, daß die Vollstreckungsgegenklage eine Feststellungsklage betreffend das Nichtbestehen des Vollstreckungsanspruchs sei. Als solche wird sie angesehen u. a. von Langheineken. Bei ihm kommt der Gedanke zu prägnantem Ausdruck, daß es sich wegen der Abhängigkeit des Vollstreckungsanspruchs vom Zivilanspruch nur um eine Feststellungsklage handeln könne: „Der in Betracht kommende Vollstreckungsanspruch ist nach Darstellung des Klägers bereits vor dem gegenwärtigen Prozeß . . . zerstört oder wenigstens gehemmt worden“ (S. 180). Hierher ist auch die Ansicht Kohlers zu rechnen, welcher[1]) als Ausgangspunkt der Vollstreckungsgegenklage zwar die condictio nennt, in jedem Falle aber als Ziel der Klage bezeichnet „die Feststellung, daß eine Berechtigung zu weiteren Vollstreckungshandlungen nicht besteht“, entweder allein oder in Verbindung mit der Unterlassung des Vollstreckungsbetriebes. Gleicher Ansicht sind ferner Seuffert S. 410; Bunsen, Lehre von der Zwangsvollstreckung S. 57; Hell-

[1]) Zeitschr. f. d. Zivilprozeß Bd. 29 S. 15.

mann, Lehrb. S. 831. Eine eigentümliche Stellung nimmt ein Gmelin. Er bezeichnet (S. 38) als Zweck der Vollstreckungsgegenklage die „Beseitigung des Vollstreckungsanspruchs wegen ‚Kausalosigkeit' des Titels", und zwar soll diese Beseitigung stattfinden, falls die Vollstreckung noch nicht begonnen hatte, durch Feststellungsklage, anderenfalls durch Leistungsklage. Wenn man hinzunimmt, daß Gmelin meint, dem Gläubiger sei durch den vollstreckbaren Titel den staatlichen Vollstreckungsorganen gegenüber ein unbedingtes Recht gewährt, welches zur Begründung eines vollgültigen Pfändungspfandrechts führe, so liegt hierin u. E. ein Widerspruch. Denn falls der Vollstreckungsanspruch unabhängig ist von dem zivilistischen Recht, so kann seine Beseitigung niemals durch eine Feststellung erfolgen, auch nicht durch Klage auf Leistung. Die letztere würde auch nach Gmelin nur von Wert sein hinsichtlich der bereits vorgenommenen Vollstreckungsmaßregeln. Daß aber gegenüber dem weiter bestehenden Vollstreckungsanspruch eine solche der condictio ähnelnde Leistungsklage Erfolg haben könnte, möchten wir bezweifeln. Mit der Feststellung, daß die der materiellen Rechtslage widersprechende Vollstreckung „vitiös" sei, scheint uns nicht viel gewonnen zu sein. Sie erinnert an die unrechtmäßige Anspruchsbetätigung in der Lehre von Geib. Auch wenn man den Standpunkt teilt, daß mit dem zivilistischen Anspruch der Vollstreckungsanspruch hinfalle, wird die Auffassung der Vollstreckungsgegenklage als einer negativen Feststellungsklage Schwierigkeiten bereiten, einerlei ob man hierbei das Nichtbestehen des Zivilanspruchs oder des Vollstreckungsanspruchs ins Auge faßt. Wenn man Feststellungs- und Leistungsklage einerseits und die „prozeßgestaltende" Klage andererseits vergleicht, so fällt ein grundsätzlicher Unterschied auf. Während jene prinzipiell ausgeschlossen werden dadurch, daß über ihren Gegenstand bereits anderweit rechtskräftig entschieden ist, ist eine solche Vorentscheidung gerade die Voraussetzung der letzteren Klage.[1]) Auch die Vollstreckungsgegenklage bezieht sich auf eine bereits erfolgte urteilsmäßige Entscheidung, wie

[1]) So R. Schmidt S. 307/08.

§ 767 Abs. 1 ergibt. Daß die Vollstreckungsgegenklage auch gegenüber anderen vollstreckbaren Titeln als Urteilen (§ 794) anwendbar ist, kann u. E. am Wesen der Klage nichts ändern. Denn es ist nur kraft besonderer Vorschriften (§§ 768, 797) die Form der Vollstreckungsgegenklage übertragen worden auf die Geltendmachung von solchen Einwendungen, welche sich gegen die in den anderen Titeln verkörperten Ansprüche richten. Gerade der Charakter der Vollstreckungsgegenklage als Nachtrags- oder Anhangsklage scheint uns gegen die Theorie der Feststellungsklage zu sprechen, trotzdem R. Schmidt (S. 1012) beides vereinigen zu können glaubt. Mit Rücksicht hierauf sowie auf die oben verteidigte Unabhängigkeit des Vollstreckungsanspruchs von seiner materiellrechtlichen Grundlage glauben wir uns der Auffassung der Vollstreckungsgegenklage als einer negativen Feststellungsklage nicht anschließen zu können. Es stehen dieser Theorie aber noch andere Bedenken entgegen. So macht Weismann (S. 96/97) geltend, man könne deshalb nicht die Vollstreckungsgegenklage als Feststellungsklage ansehen, weil der von ihr handelnde § 775 Nr. 1 ausdrücklich eine vollstreckbare Entscheidung voraussetze, aus welcher sich ergebe, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt sei, ein Feststellungsurteil aber niemals vollstreckbar sein könne. Daß das auf die Klage ergehende Urteil zu den im § 775 Nr. 1 genannten Entscheidungen zu rechnen sei, gibt auch Geib (S. 124) zu, der aber nicht die Konsequenz daraus ziehen will, daß das Urteil darum ein rechtsgestaltendes sein müsse. Dies hängt mit der (oben abgelehnten) Spaltung des Vollstreckungsbetriebes in zwei Aktionen, wie sie die Geibsche Lehre enthält, zusammen. Wenn man aber zugeben will, daß unter die im § 775 Nr. 1 genannten Entscheidungen das auf die Vollstreckungsgegenklage ergehende Urteil zu rechnen ist, so fragt es sich, ob insbesondere nicht aus dem Wortlaut der betreffenden Stelle ein Hinweis auf die rechtliche Natur der Klage gewonnen werden kann. Das Gesetz spricht von Entscheidungen, aus welchen sich ergibt, daß die Zwangsvollstreckung „für unzulässig erklärt“ ist. Hellwig[1])

[1]) Lehrb. S. 397.

verwendet diesen Passus für seine Theorie, indem er sagt: „Die Zwangsvollstreckung wird für unzulässig erklärt (§ 775 Nr. 1) und dadurch unzulässig gemacht". Ob man gerade aus dieser Terminologie den Schluß auf eine rechtsgestaltende Entscheidung ziehen darf, ist u. E. fraglich. Das ist jedoch zuzugeben, daß sie sich wohl mit einer solchen Auffassung der Vollstreckungsgegenklage verträgt. Deutlicher scheint die von Hellwig[1]) angezogene Klage des § 784 in Verb. mit § 785 zu sprechen. Ist eine Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet, so kann der Erbe, und zwar im Wege der Vollstreckungsgegenklage (§ 785) verlangen, daß Vollstreckungsmaßregeln, die in sein nicht zum Nachlasse gehörendes Vermögen zugunsten eines Nachlaßgläubigers erfolgt sind, „aufgehoben" werden, sofern er nicht unbeschränkt haftet. Eine solche Aufhebung kann allerdings durch Feststellungsklage nicht erreicht werden; es müßte neben dieser ein besonderer Antrag gestellt werden. Diese Möglichkeit ist aber durch die Bezugnahme des § 785 auf § 769 offengehalten: „Das Prozeßgericht kann auf Antrag anordnen . . ., daß bis zur Erlassung des Urteils . . . die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien" (§ 769 Abs. 1). Notwendig ist daher insbesondere aus diesem Grunde die Annahme einer Klage auf rechtsgestaltendes Urteil nicht. Allein auch wenn man der Beweisführung Hellwigs nicht folgt, wird man u. E. aus den obengenannten Gründen den Feststellungscharakter der Vollstreckungsgegenklage ablehnen müssen. Mit diesem Ergebnis stimmen überein Gaupp-Stein S. 457; Goldschmidt S. 25, 35, 55 N. 10; Planck S. 702.[2])

Vom Standpunkt dieser Autoren betrachtet, ist der Gegenstand der Vollstreckungsgegenklage ein rein prozessualer. Weiter aber handelt es sich hier um eine „Bewirkungsklage" oder „Klage auf rechtsgestaltendes Urteil". Eben weil das Vollstreckungsrecht eine vom Zivilanspruch unabhängige Existenz führt, bedarf es dieser Auffassung nach eines besonderen richterlichen Aktes

---

[1]) Anspruch und Klagrecht S. 508.

[2]) Auch Oertmann, Vollstreckungsgegenklage u. a. S. 222.

zur Herbeiführung eines prozessualen Rechtszustandes, der dem privatrechtlichen entspricht. Daß hierbei die Aufhebung des Vollstreckungstitels selbst als Gegenstand der Klage erscheine, wie v. Sarwey (Bd. 2 S. 145) annahm, wurde schon zurückgewiesen in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung. Vorwiegend wird von den Anhängern der Theorie der Bewirkungsklage die Vollstreckungsgegenklage dahin aufgefaßt, daß sie die Beseitigung bezw. Modifizierung des Vollstreckungsanspruchs im Wege konstitutiven Urteils bezwecke. In diesem Sinne ist auch Hellwig[1]) zu verstehen, wenn er sagt, die Vollstreckungsgegenklage sei „eine Klage zum Zwecke der Anfechtung einer gerichtlichen Entscheidung". Denn S. 492 sagt er: „Die Zulässigkeit der Vollstreckung, welche bisher vorhanden war, soll aufgehoben werden. Objekt der Aufhebung ist der Vollstreckungsanspruch . . ." Die Klage, durch welche diese Aufhebung herbeigeführt werden soll, rechnet Hellwig zu den „Klagen auf Änderung von Prozeßmaßnahmen", welche die Realisierung eines „Widerspruchsrechts" des Klägers zum Gegenstande habe. Unter dem Widerspruchsrecht will Hellwig[2]) verstehen „das von dem Prozeßrecht verliehene Recht auf Erlaß einer aufhebenden oder ändernden Entscheidung". Objekt dieser Entscheidung ist nach obigem der Vollstreckungsanspruch. Es handelt sich also nach Hellwig hier um eine Klage auf konstitutives[3]) Urteil mit prozessualem Inhalt.[4]) Denn daß außer einer Prozeßmaßnahme die materielle Rechtslage zur Entscheidung stehe, wird von Hellwig[5]) ausdrücklich bestritten.[6]) Mit Hellwig stimmt hier prinzipiell überein Gaupp-Stein (S. 457): die Vollstreckungsgegenklage sei „eine prozeßrechtliche Klage auf rechtsgestaltendes Urteil mit rückwirkender Kraft". Im gleichen Sinne betreffend die neue österreichische Prozeßordnung und

---

[1]) Anspruch und Klagrecht S. 491.

[2]) Anspruch und Klagrecht S. 486.

[3]) vgl. Hellwig, Lehrb. S. 397.

[4]) Übereinstimmend Oertmann, Vollstreckungsgegenklage S. 234, 236/37.

[5]) Anspruch und Klagrecht S. 487.

[6]) Anders allerdings Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 166 N. 12.

Exekutionsordnung § 35 Stein (S. 16). Es muß jedoch Bedenken erregen, dem der Klage aus § 767 stattgebenden Urteil rückwirkende Kraft beizulegen.[1]) Denn es wird durch die Vollstreckungsgegenklage lediglich auf Grund von Tatsachen, welche nach Schluß der letzten für das früher ergangene Urteil maßgebenden Verhandlung eingetreten sind, die Vollstreckbarkeit angefochten. Daß bis zu diesem Zeitpunkt das Vollstreckungsrecht unantastbar war, wird nicht bestritten. Nur für die Gegenwart und Zukunft soll dem Gläubiger das Vollstreckungsrecht entzogen werden. So im Ergebnis auch Hellwig.[2]) Hinsichtlich der juristischen Natur der Vollstreckungsgegenklage ferner offenbar übereinstimmend Kuttner (S. 209). Zu dem gleichen Ergebnis, wenn auch auf etwas anderem Wege, gelangt Kisch (S. 154 ff.). Er geht aus von dem im § 767 zugrunde gelegten Regelfall, daß der Vollstreckungstitel ein Urteil ist. Die Unabhängigkeit des Vollstreckungsanspruchs gründet Kisch (S. 166) auf die „abstrakte" Natur des Richterspruchs, in dem er sich verkörpert, als eines behördlichen Akts. Denn während das Zivilrecht den Untergang bezw. die Änderung eines Rechtsverhältnisses an den bloßen Eintritt von Tatsachen knüpft, soll der prozessuale Akt, dessen Voraussetzungen fortgefallen sind, „weil er von staatlichen Organen der Gerichtsbarkeit ausgeht, im Interesse der Autorität der behördlichen Maßregeln trotz seiner Mängel zunächst noch in Kraft bleiben, bis er in entsprechender Weise, d. h. ebenfalls durch eine behördliche Maßregel und insbesondere durch ein Urteil . . . beseitigt wird".[3]) Demnach gelangt Kisch dazu, die Vollstreckungsgegenklage zu bezeichnen als eine Klage auf Urteil, „welches einem Prozeßakt eine bestimmte prozessuale Wirkung" — die Vollstreckbarkeit — entzieht. Ob auch die Ansicht Plancks hierher zu rechnen ist, muß zweifelhaft erscheinen. Nach ihm (S. 699) ist die Klage aus § 767 die „Erhebung eines Prozeßrechtsanspruchs des Besiegten". Ob dieser Anspruch aber ge-

---

[1]) So auch Oertmann, Vollstreckungsgegenklage S. 238.
[2]) Anspruch und Klagrecht S. 496.
[3]) So Kisch S. 155/56.

richtet sein soll auf Feststellung des Nichtbestehens des Vollstreckungsrechts oder auf dessen Beseitigung im Wege konstitutiven Urteils, läßt sich aus seinen Ausführungen nicht erkennen,[1]) da Planck (S. 699) als Zweck der Klage nur angibt, daß „die Zwangsvollstreckung für unzulässig oder für zulässig erklärt werde", sich also derselben doppeldeutigen Terminologie bedient wie § 775 Nr. 1. Die gegen die obige Theorie der Vollstreckungsgegenklage erhobenen Bedenken gründen sich teils auf eine grundsätzlich verschiedene Auffassung des Verhältnisses von Vollstreckungsanspruch und Zivilanspruch, teils bestehen sie unabhängig von einer solchen prinzipiellen Differenz. So glaubt Falkmann (S. 383) gegen Hellwigs Ansicht, daß die Vollstreckungsgegenklage auf Beseitigung des Vollstreckungsanspruchs ausgehe, verwerten zu können, daß § 767 nicht vom Vollstreckungsanspruch, sondern von Einwendungen gegen den durch Urteil festgestellten Anspruch, also den Zivilanspruch, rede. Das ist gewiß richtig, allein was die obige Theorie behauptet ist ja, daß auf Grund solcher Einwendungen, falls die Klage durchdringt, der Vollstreckungsanspruch aufgehoben wird. Insofern wird natürlich auch über die Einwendungen gegen den Zivilanspruch entschieden,[2]) als festgestellt werden muß, ob sie begründet sind, um überhaupt bezüglich des Vollstreckungsanspruchs zu einem Resultat gelangen zu können. Daß aber lediglich eine Feststellung, daß auf Grund der eingewandten Tatsachen der Zivilanspruch nicht mehr bestehe, gegenüber dem nur formal bedingten Vollstreckungsanspruch für den Schuldner keinen Schutz bieten würde, haben wir oben zu zeigen versucht. Eben weil Falkmann den Einwendungen gegen den Zivilanspruch unmittelbare Bedeutung gegenüber der Zwangsvollstreckung beilegt, d. h. sich das Vollstreckungsrecht vom Zivilanspruch abhängig denkt, kann es für ihn keinen Vollstreckungsanspruch mehr geben, gegen den sich die Klage aus § 767 richten könnte, sobald einmal der Zivilanspruch hinfällig

---

[1]) Die erstere Alternative will als Plancks Ansicht betrachten Oertmann, Vollstreckungsgegenklage S. 218/19.

[2]) Anders Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 487.

geworden ist. Auch Langheineken (S. 179/80) bestreitet ausdrücklich, daß die Vollstreckungsgegenklage die Beseitigung des Vollstreckungsrechts bezwecke. Wenn er geltend macht, die Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln könne zwar mit dem auf die Vollstreckungsgegenklage ergehenden Urteil gemäß § 770 verbunden werden, bilde aber keinesfalls einen „essentiellen Bestandteil des Urteils", so ist dem zu entgegnen, daß die Theorie von Hellwig, Kisch u. a. (nicht Gaupp-Stein) diese Aufhebung der vorgenommenen Maßregeln auch nicht als wesentliches Merkmal desselben bezeichnet. Vielmehr ist dies der genannten Theorie zufolge die Aufhebung des Vollstreckungsanspruchs, aus der allerdings folgt, daß für die Zukunft Vollstreckungsmaßregeln ausgeschlossen werden. Hingegen wird die von Langheineken angegriffene Rückwirkung auch von Hellwig[1]) im Gegensatz zu Gaupp-Stein (S. 457) bestritten. Wenn weiterhin Langheineken (S. 180) leugnet, daß „durch das petierte Urteil ... die Bedeutung des früheren Urteils als eines Vollstreckungstitels, also die Existenz des Vollstreckungsanspruchs beseitigt" wird, so ergibt seine Begründung hierzu, daß er konsequent davon ausgeht, daß der Vollstreckungsanspruch durch den Bestand des Zivilanspruchs bedingt ist: „Der in Betracht kommende Vollstreckungsanspruch ist nach Darstellung des Klägers bereits vor dem gegenwärtigen Prozeß ... zerstört oder wenigstens gehemmt worden" (S. 180). Daß durch das der Vollstreckungsgegenklage stattgebende Urteil nicht der Vollstreckungsanspruch beseitigt wird, will Geib (S. 124/25) daraus folgern, daß gemäß § 775 die Zwangsvollstreckung nur dann „einzustellen oder zu beschränken" ist, wenn eine der unter Nr. 1 genannten Entscheidungen vorgelegt wird. Geib folgert nämlich hieraus, daß eine mit Willen des Vollstreckungsschuldners erfolgende Vollstreckung, auch wenn eine solche Entscheidung ergangen ist, aber nicht vorgelegt wird, zulässig sei. Allein diese Konsequenz scheint uns zu weit zu gehen. Zwar ist zuzugeben, daß zur Einstellung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung die Vorlegung einer solchen Entscheidung

[1]) Anspruch und Klagrecht S. 496.

verlangt wird, jedoch folgt daraus noch nicht, daß mangels solcher Vorlegung die Vollstreckung in dem Sinne zulässig ist, daß dem Gläubiger ein Vollstreckungsanspruch zusteht. Vielmehr liegt u. E. der Vorschrift des § 775 der Gedanke zugrunde: eine Hemmung der Zwangsvollstreckung soll nur dann stattfinden können, wenn die sie rechtfertigenden Tatsachen zweifelsfrei bewiesen werden. Es ist dies eine Forderung der raschen Verwirklichung des urteilsmäßig festgestellten Gläubigerrechts. Anderenfalls würde man dahin gelangen, entweder auf die bloße Behauptung hin, daß der Vollstreckungsanspruch nicht mehr bestehe, die Zwangsvollstreckung einzustellen oder zu beschränken, oder man wäre vor die Notwendigkeit gestellt, ex officio dem — oft für das Gericht schwer feststellbaren — in der betreffenden Sache tätigen Gerichtsvollzieher das der Klage aus § 767 stattgebende Urteil zustellen zu lassen. Des weiteren will Geib (S. 127) aus der Kompetenzvorschrift des § 767 Abs. 1 ein Argument gegen die Auffassung der Vollstreckungsgegenklage als Klage auf Beseitigung des Vollstreckungsanspruchs herleiten. Schon die Motive zur Zivilprozeßordnung[1]) weisen hin auf die „nahe Beziehung, in welcher namentlich die den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen zu dem vorausgegangenen Prozesse stehen". Dieser Zusammenhang, meint Geib, werde noch greifbarer, wenn man lediglich den materiellen Anspruch als Streitgegenstand auffaßt. Nur meinen wir, daß auch bei der als Bewirkungsklage aufgefaßten Vollstreckungsgegenklage eine Kompetenzvorschrift, wie sie § 767 Abs. 1 enthält, am Platze ist. Denn ob das Nichtbestehen des materiellen Anspruchs auf Grund der eingewandten Tatsachen oder die Beseitigung des Vollstreckungsanspruchs mit Rücksicht auf dieselben Tatsachen den Streitgegenstand bildet, — in jedem Falle wird das Gericht mit größerer Sicherheit entscheiden können, welches über den materiellen Anspruch selbst abgeurteilt hat. Ferner zieht Geib (S. 127/28) daraus, daß gerade materiellrechtliche Einwendungen in der Vollstreckungsgegenklage vorgebracht werden, den Rückschluß darauf, daß es sich überhaupt nur um

[1]) Hahn S. 436.

den materiellen Anspruch handle. „Würde es sich bei unserer Klage um die Beseitigung des publizistischen, vom materiellen Anspruch unabhängigen Vollstreckungsrechts handeln, so müßte sie gerade umgekehrt nur durch Einwendungen gegen die formalen Vollstreckungsvoraussetzungen begründet werden können“ (S. 127). Wenn aber nur diese formalen Einwendungen für die Zwangsvollstreckung von Bedeutung wären, so ist nicht einzusehen, wie eine lediglich den Zivilanspruch betreffende Vollstreckungsgegenklage der Vollstreckung gegenüber überhaupt irgend etwas ausrichten könnte. In der Tat beruht diese Ansicht Geibs auf der Grundanschauung, daß der Vollstreckungsbetrieb in die zivilrechtlich bedingte Anspruchsbetätigung einerseits, das nur formal bedingte Rechtsschutzbegehren andererseits zerfalle. Obige Bedenken Geibs sind also lediglich Ausfluß seiner vom diesseits vertretenen Standpunkt grundsätzlich verschiedenen Stellung zu der Frage nach dem Verhältnis von Zivil- und Vollstreckungsanspruch. — Endlich meint Geib (S. 135), es sei nicht einzusehen, warum die Vollstreckungsgegenklage, wenn sie auf Beseitigung des Vollstreckungsanspruchs gerichtet wäre, nicht mit rückwirkender Kraft die Vollstreckbarkeit beseitigen sollte. Daß dies in der Tat die Ansicht von Gaupp-Stein ist, haben wir bereits hervorgehoben, zugleich aber auch versucht klarzulegen, warum auch bei solcher Auffassung der Vollstreckungsgegenklage die Annahme einer mit rückwirkender Kraft die bisher erfolgten Vollstreckungsmaßregeln aufhebenden Entscheidung nicht angängig erscheint. Man könnte übrigens gegen die Ansicht, die Vollstreckungsgegenklage verlange vom Gericht die urteilsmäßige Beseitigung des Vollstreckungsanspruchs, einwenden, die Klage sei gegen den Gläubiger gerichtet, der ein solches Verlangen doch nicht zu erfüllen vermag. Allein die Notwendigkeit der Bezeichnung des Gläubigers als Beklagten ergibt sich schon daraus, daß der Gläubiger ein wesentliches Interesse an der Aufrechterhaltung des Vollstreckungsanspruchs hat und daher zur Verhandlung zu laden ist, um dort seinen Widerspruch gegen die Einwendungen geltend machen zu können

Der obigen im Anschluß an Hellwig und Gaupp-Stein entwickelten Auffassung der Vollstreckungsgegenklage steht diejenige

von Goldschmidt insofern nahe, als auch sie in der Klage aus § 767 eine Klage auf rechtsgestaltendes Urteil erblickt. Sie unterscheidet sich aber von ihr dadurch, daß sie als Objekt dieser Rechtsgestaltung nicht den Vollstreckungsanspruch, sondern „den Dienstbefehl an die Vollstreckungsorgane zu vollstrecken" betrachtet. Ziel der Klage sei, „das materielle Privatrecht . . . durch Erwirkung eines gänzlichen oder beschränkten Vollstreckungsverbots zur Geltung zu bringen" (S. 59). Goldschmidt bezeichnet selbst seine Vollstreckungsgegenklage als „eine Synthese fast sämtlicher über diese Klage aufgestellten Theorien" (S. 59). Einmal sei sie eine negative Feststellungsklage bezüglich des in dem Urteile festgestellten Anspruchs, sodann aber auch eine Gestaltungsklage, soweit sie darauf ausgehe, einen Widerruf des Vollstreckungsbefehls zu erlangen und damit Begründung eines Anspruchs auf Unterlassung bezw. Einstellung der Zwangsvollstreckung und Aufhebung der bereits stattgefundenen Vollstreckungsmaßregeln zu bewirken. Endlich stelle sie auch das „Gegenstück einer Leistungsklage dar" (S. 59) und befriedige für die Zeit vor beendeter Vollstreckung dasselbe Rechtsschutzbedürfnis, welches für die Zeit nach beendeter Vollstreckung die einen Kondiktionsanspruch geltend machende Leistungsklage befriedigt (S. 60). Diese Synthese steht und fällt mit Goldschmidts Auffassung von dem Verhältnis von Zivilanspruch einerseits, Vollstreckungsanspruch und „Dienstbefehl" an die Vollstreckungsorgane andererseits. Gerade die scharfe Trennung von Vollstreckungsanspruch und Dienstbefehl schien uns nicht unbedenklich. Des weiteren aber auch die von Goldschmidt vertretene Abhängigkeit des Vollstreckungsanspruchs vom materiellen Anspruch. Aus diesen grundsätzlichen Erwägungen glauben wir uns Goldschmidt nicht anschließen zu dürfen.

§ 15.

Nach der diesseits vertretenen Ansicht erscheint die Vollstreckungsgegenklage als Bewirkungsklage, gerichtet auf Beseitigung des Vollstreckungsanspruchs. Es wurde oben versucht

darzulegen, daß der Vollstreckungsanspruch, der für die Zwangsvollstreckung die treibende Kraft bildet, in seinen Existenzbedingungen unabhängig ist von dem Zivilanspruch, den die Zwangsvollstreckung realisieren soll. Wenn man aus diesem Prinzip die letzte Konsequenz zieht, so ergibt sich, daß sobald einmal der Vollstreckungsanspruch durch Eintritt seiner rein prozessualen Voraussetzungen entstanden ist, die materielle Rechtslage alle Bedeutung verloren hat, m. a. W. wenn auch der Zivilanspruch später unterginge, so bliebe der Vollsrteckungsanspruch ein für allemal bestehen, bis er durch Beendigung der Vollstreckung getilgt würde. Wir können nicht umhin, in der Klage des § 767 eine Durchbrechung des obigen Prinzips der restlosen Unabhängigkeit des Vollstreckungsanspruchs vom Zivilanspruch zugunsten der Zweckbestimmung der Vollstreckung zu erblicken. Zwar werden die Voraussetzungen des Vollstreckungsanspruchs durch Veränderungen der materiellen Rechtslage u. E. nicht berührt, aber im § 767 gibt die Rechtsordnung ein Mittel, um mit materiellrechtlichen Einwendungen einen prozessualen Akt herbeizuführen, welcher der Zwangsvollstreckung entgegenwirkt. Insofern glauben wir mit Weismann (S. 96) die Vollstreckungsgegenklage als eine eigenartige Klage ansehen zu dürfen, eigenartig wenigstens in ihrer rechtlichen Fundierung. Der bei der Schaffung dieser Klage leitende Rechtsgedanke scheint uns der zu sein, daß der Vollstreckungsanspruch unbeschadet seiner von der Sicherheit und Schnelligkeit der Vollstreckung erforderten Unabhängigkeit vom Zivilanspruch, seinem sich aus dem Zweck der Vollstreckung ergebenden Wesen zufolge, auf die Realisierung eines bestimmten Privatrechts konzentriert. Aus diesem Recht entnimmt er seinen bestimmten Inhalt und Umfang, der auch dann nicht verloren geht, wenn das Privatrecht fortfällt. Aber mit dem Augenblick, wo der Zivilanspruch erlischt (bezw. die Forderung gestundet wird usw.), wird die Erfüllung des dem Vollstreckungsanspruch zugedachten Rechtszwecks: Realisierung eines fälligen Zivilanspruchs, unmöglich. Möglich bleibt hingegen die als Mittel zur Erreichung dieses Zwecks dienende Wirkung des Vollstreckungstitels: der Eingriff in das Vermögen der im Titel als Schuldner bezeichneten Person,

und zwar vermöge der nur formalen Bedingtheit des Vollstreckungsanspruchs. Denn sofern nur die formalen Voraussetzungen des Vollstreckungsanspruchs gewahrt sind, ist dieser publizistisch und damit überhaupt rechtmäßig. Der Fortfall des Rechtszwecks des Vollstreckungsanspruchs aber rechtfertigt die Vornahme eines prozessualen Akts, welcher dem Vollstreckungsanspruch seine rein prozessualen Existenzbedingungen entzieht. Ein solcher Akt müßte also eine Gestaltung der prozessualen Rechtslage enthalten. Aus diesen Gründen glauben wir das von der Vollstreckungsgegenklage erstrebte Urteil als rechtsgestaltendes Urteil mit prozessualem Inhalt, die Vollstreckungsgegenklage als Bewirkungsklage bezeichnen zu müssen.

§ 16.

Es wird nunmehr unsere Aufgabe sein, zu verschiedenen anderen die Vollstreckungsgegenklage betreffenden Streitfragen Stellung zu nehmen, insbesondere zu prüfen, inwiefern der diesseits zur Frage nach der rechtlichen Natur jener Klage eingenommene Standpunkt für den Ausfall der Entscheidung von Bedeutung ist. Daß die im Wege der Vollstreckungsgegenklage vorgebrachten Einwendungen scharf zu scheiden sind von den prozessualen Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung, ist bereits mehrfach betont worden, insbesondere in der geschichtlichen Einleitung. Im Gegensatze zum früheren Recht läßt § 767[1]) generell Einwendungen jeder Art gegen den im Urteil festgestellten Anspruch zu. Die Geltendmachung dieser Einwendungen unterliegt gemäß § 767 Abs. 2 einer doppelten Beschränkung. Es sind solche Einwendungen ausgeschlossen, deren Gründe nicht erst nach Schluß derjenigen mündlichen Verhandlung entstanden sind, auf welche das Urteil erging. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß diese Vorschrift lediglich einen Grundsatz der Rechtskraftwirkung zum Ausdruck bringt.[2]) Nach

[1]) So auch der preuß. Entwurf.

[2]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 497; Geib S. 128/29; Weismann S. 99.

der herrschenden Meinung bedeutet die rechtskräftige Entscheidung die endgültige Feststellung des streitigen Rechts im Rahmen der vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel. Die urteilsmäßige Feststellung bezieht sich also auf den Zeitpunkt, in welchem die Möglichkeit, tatsächliches Material vorzubringen, zum letzten Male bestand.[1]) Es ergreift die Rechtskraft also nicht diejenigen den Angriffs- und Verteidigungsmitteln zugrunde liegenden Tatsachen, welche die Parteien nicht mehr im Prozeß vorzubringen imstande waren (§§ 278, 230). Hinsichtlich der Zulässigkeit von Angriffs- und Verteidigungsmitteln unterstehen jedoch Kläger und Beklagter verschiedenen Grundsätzen. Während den Kläger die Vorschriften der §§ 264, 268 in der Geltendmachung seiner Klaggründe beschränken, hat der Beklagte gemäß § 278 die Möglichkeit, seine Verteidigungsmittel bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung vorzubringen, auf welche das Urteil ergeht. Hieraus folgt, daß er solche Gründe, welche er bis zu diesem Zeitpunkt nicht vorbrachte, trotzdem er dazu in der Lage war, nicht zu einem zweiten Prozesse benutzen kann,[2]) etwa um eine Rückforderungsklage anzustellen.[3]) Auf diesem Prinzip beruht die Vorschrift des § 767 Abs. 2, welche aber noch — wohl im Interesse einer wirksamen Zwangsvollstreckung — eine weitere Verschärfung zuungunsten des Beklagten und Vollstreckungsgegenklägers bringt: nicht die Möglichkeit der Geltendmachung im Hauptprozeß soll für die Zulässigkeit bezw. Unzulässigkeit der Einwendungen in der Vollstreckungsinstanz entscheidend sein, sondern der Zeitpunkt, in welchem der Grund der Einwendung *entstanden* ist: dieser muß später liegen als der Schluß der genannten mündlichen Verhandlung. — Eine noch weitergehende Beschränkung der Zulässigkeit von Einwendungen liegt in der Vorschrift des Abs. 2 § 767; es dürfen die Gründe der Einwendungen „durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können". Es knüpft sich hieran die Streitfrage, ob die verlangte Unmöglichkeit der Geltendmachung durch Einspruch

[1]) So auch Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 497.

[2]) Über die Möglichkeit, diese mit Berufung geltend zu machen, vgl. S. 75ff.

[3]) So mit Recht R. Schmidt S. 756.

zu beziehen ist auf den Zeitpunkt der Entstehung der Einwendungsgründe oder den der Klagerhebung, oder auch auf den Zeitpunkt der auf die Vollstreckungsgegenklage erfolgenden Urteilsfällung bezw. den der für dieses Urteil maßgebenden letzten Verhandlung. Im Hinblick auf den Wortlaut des Gesetzes: „durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können" will die Mehrzahl der Kommentatoren daran festhalten, daß die Unmöglichkeit der Geltendmachung durch Einspruch lediglich für den Zeitpunkt der Erhebung der Vollstreckungsgegenklage zu fordern ist, mag auch früher die Geltendmachung durch Einspruch möglich, aber vom Schuldner wissentlich oder unwissentlich verabsäumt worden sein. Der Schuldner soll also die Wahl haben, ob er mit Einspruch oder mit Vollstreckungsgegenklage vorgehen will. So v. Wilmowski-Levy zu § 686 (alte Fassung) Anm. 8: „Ob die Einwendungen vor der Klage durch Einspruch hätten geltend gemacht werden können, ist ... nach Wortlaut und Zweck einflußlos". Ferner Reincke zu § 767 Anm. II, 2; Struckmann-Koch zu § 767 Anm. 4; Petersen-Anger zu § 767 Anm. 7. Im gleichen Sinne Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 498; Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 100 S. 312; Planck S. 696. Hiervon weicht die Ansicht von Gaupp-Stein, desgleichen die von Seuffert ab. Nach Gaupp-Stein zu § 767 Anm. II d ist der für die zu fordernde Unzulässigkeit des Einspruchs maßgebende Zeitpunkt der „Schluß der Verhandlung", und zwar derjenigen Verhandlung, auf welche das über die Vollstreckungsgegenklage entscheidende Urteil ergeht. Nach Seuffert zu § 767 Anm. 4 gibt dieses Urteil selbst den für die Unzulässigkeit des Einspruchs maßgebenden Zeitpunkt an. Auch Seuffert beruft sich hierbei auf den Wortlaut des Gesetzes: „können" ..., nicht „konnten". In scharfem Widerspruch mit der den obigen Autoren gemeinsamen Ansicht, daß die Beurteilung der Unzulässigkeit des Einspruchs nicht auf den Zeitpunkt der Entstehung der Einwendungen abzustellen sei, steht die Auffassung des Reichsgerichts, welche Bd. 40 S. 352 ff. und weiterhin Bd. 55 S. 187 ff. ausführlich begründet ist. Beide Entscheidungen vertreten den Standpunkt, daß es grundsätzlich auf die Ent-

stehungszeit der Einwendungen ankomme. Diese Ansicht wird geteilt von Neukamp zu § 767 S. 883; Falkmann S. 396/97; R. Schmidt S. 1014; Willenbücher-Nöldeke S. 340; Bunsen, Lehre von der Zwangsvollstreckung S. 53. Die Bedenken des Reichsgerichts gegen die gegnerische Auslegung fußen vor allem in der Erwägung, daß der die Unzulässigkeit des Einspruchs als Voraussetzung fordernden Vorschrift nach der bekämpften Auffassung lediglich dilatorische Bedeutung zukäme, hiermit aber der praktische Wert der Vorschrift — möglichste Beschränkung der Einwendungen — zunichte gemacht würde. Zweifellos hat der Schuldner, falls es lediglich auf die Unzulässigkeit des Einspruchs im Moment der Erhebung der Vollstreckungsgegenklage ankommt, die Wahl, ob er mit Einspruch oder mit jener Klage vorgehen will: er braucht nur die Einspruchsfrist verstreichen zu lassen oder aber den bereits eingelegten Einspruch rechtswirksam zurückzunehmen. Und wenn man die Zeit der Fällung des über die Vollstreckungsgegenklage entscheidenden Urteils (so Seuffert) oder der für dieses Urteil maßgebenden letzten Verhandlung (so Gaupp-Stein) den Ausschlag geben läßt, so hat der Schuldner, da ein solches Urteil regelmäßig nicht vor Ablauf der Einspruchsfrist ergehen bezw. die letzte Verhandlung nicht eher stattfinden wird, von Anfang an die freie Wahl, ob er Einspruch oder Klage aus § 767 erheben will. Daß bei solcher Auffassung die Vorschrift des § 767 Abs. 2 betreffend den Einspruch an ihrer praktischen Bedeutung erhebliche Einbuße erleiden würde, ist u. E. dem Reichsgericht zuzugeben. Um aber nachzuweisen, daß es der Absicht des Gesetzgebers ferngelegen hat, die Zulässigkeit der Klage aus § 767 nur an eine aufschiebende Bedingung zu knüpfen, beruft sich das Reichsgericht insbesondere in Bd. 40 S. 352 ff. auf die Entstehung des § 767 Abs. 2 in der Justizkommission des Reichstags. In dem Regierungsentwurf lautete der Abs. 2 des § 635 (§ 767 heutiger Fassung) folgendermaßen: „Dieselben[1]) sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schluß derjenigen münd-

[1]) D. h. die Einwendungen.

lichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen dieses Gesetzbuchs spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch oder Berufung nicht mehr geltend gemacht werden können". Es wurde von dem Abg. Dr. Grimm beantragt, den Passus „oder Berufung" zu streichen. Für die Beurteilung der Vorschrift, soweit sie den Einspruch betrifft, wäre diese Streichung an sich — wie auch das Reichsgericht (Bd. 40 S. 352 ff.) zugibt — ohne Bedeutung. Hingegen scheint die Begründung dieses Antrages, welcher trotz des Widerspruchs des Regierungskommissars zur Annahme gelangte, für die Ansicht des Reichsgerichts zu sprechen. Dr. Grimm wies nämlich darauf hin, es werde durch die Ausschließung einer Einwendung aus dem Grunde, weil sie in der Berufungsinstanz angebracht werden könne, „der Schuldner auf den Weg des Rechtsmittels ... gedrängt", und der Abg. Dr. Bähr unterstützte den Antrag Grimm mit der Begründung, die Sache gestalte sich so einfacher, als wenn „lediglich um dieser Einwendung willen Berufung eingelegt, sonach eine neue Instanz beschritten und andere Anwälte angenommen werden müßten". Wenn nun von der die Berufung betreffenden Vorschrift angenommen wurde, daß sie den Schuldner zur Ergreifung des Rechtsmittels dränge, so muß das gleiche von dem im Wortlaut des Entwurfes der Berufung gleichgestellten Einspruch gelten, m. a. W.: was hinsichtlich der Berufung durch Streichung des sie betreffenden Passus vermieden wurde, bleibt hinsichtlich des Einspruchs bestehen; der Schuldner würde gedrängt, Einspruch zu erheben, um seine Einwendungen nicht endgültig zu verlieren, was auch vom Standpunkt des Abg. Dr. Bähr ohne Bedenken wäre, da für die Einspruchsinstanz die Annahme neuer Anwälte nicht in Betracht kommt. Das Reichsgericht (Bd. 55 S. 192) folgert, „daß aus den Kommissionsverhandlungen über den Antrag ... wohl der Gegensatz zwischen Zulassung und Ausschließung der Klage, nicht aber zwischen sofortiger und aufgeschobener Zulassung zu entnehmen sei". Ein weiteres Argument für seine Ansicht glaubt das Reichsgericht (Bd. 55 S. 192/93) daraus herleiten zu können, daß in § 796 Abs. 2 für Geltendmachung der materiellrechtlichen

Einwendungen gegenüber dem Vollstreckungsbefehl das Erfordernis der Unzulässigkeit des Einspruchs nicht aufgestellt worden ist, und die Motive[1]) geben hierfür folgende Begründung: „Der Schuldner, welcher nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls zahlt, würde sonst genötigt sein, Einspruch zu erheben, um sich gegen eine etwaige spätere Exekution zu sichern". Das Reichsgericht durfte um so eher auf Grund dieser Erwägungen zu dem in Bd. 40 S. 352 ff., Bd. 55 S. 187 ff. niedergelegten Ergebnis gelangen, als es sich hierbei nicht im Widerspruch mit dem Wortlaut des Gesetzes glaubte. Die Beziehung des „können" in Abs. 2 auf die Entstehungszeit der Einwendungen ist nach Ansicht des Reichsgerichts „grammatikalisch zulässig"; „das ‚können' stehe in zeitlichem Parallelismus mit dem voraufgegangenen ‚entstanden sind'" (Bd. 55 S. 193). Nun ist grammatikalisch betrachtet „können" die Präsens-, „entstanden sind" aber die Perfektform. Immerhin wäre es noch möglich, beide Ausdrücke auf einen gemeinschaftlichen Zeitpunkt zu beziehen. Dieser müßte sich aber aus dem den beiden das „können" und das „entstanden sind" enthaltenden Sätzen übergeordneten Satze ergeben, da jene beiden Sätze selbständig nebeneinander stehen. Eine solche Zeitpunktsbestimmung im übergeordneten Satz fehlt aber, und den Zeitpunkt von dem einen auf den anderen untergeordneten Satz zu übertragen, ist nicht zulässig. Aus dem vom Reichsgericht angezogenen Passus der Motive[2]): „die nach diesem Zeitpunkt neu entstandenen und durch Einspruch oder Berufung nicht mehr geltend zu machenden Einwendungen werden zugelassen" läßt sich aber der vom Reichsgericht verfochtene Sinn nicht zwingend folgern. Allenfalls könnte man ihn hineininterpretieren, falls eine solche Auslegung anderweit begründet wäre. An einer solchen Begründung fehlt es aber u. E.[3]) Wo sich aber, wie hier, ein Widerspruch zwischen der Auffassung der Motive und dem Gesetzestext ergibt, wird sich die Auslegung an den

---

[1]) Hahn S. 447.
[2]) Hahn S. 438.
[3]) Im Ergebnis übereinstimmend Leuthold a. a. O. S. 112/13.

letzteren anschließen. Und dies um so mehr im vorliegenden Falle, wo sich aus der Stellungnahme des Reichsgerichts bedenkliche Konsequenzen ergeben; z. B. falls der Beklagte sich bei einem Versäumnisurteil beruhigt und daraufhin zahlt, bleibt er, der Ansicht des Reichsgerichts zufolge, dennoch notwendigerweise der Zwangsvollstreckung ausgesetzt, der gegenüber er die Vollstreckungsgegenklage nicht mehr erheben kann, da zur Entstehungszeit der Zahlungseinrede die Erhebung des Einspruchs zulässig war. Es wird daher der Gläubiger zunächst seine Forderung doppelt erfüllt bekommen und der Schuldner nur auf dem Wege der Kondiktion oder der Schadensersatzklage Rückzahlung des sine causa vollstreckten Mehrbetrages verlangen können, was einem jetzt event. insolventen Gläubiger gegenüber für den Schuldner von geringem Wert sein dürfte.[1]) Wenn Winterfeld (a. a. O. S. 93) meint, auch die Kondiktion sei dem Schuldner versperrt, „denn sowohl die erste wie die zweite Zahlung seien ja in Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet", so vermögen wir ihm nicht zuzustimmen. Der materielle Anspruch ist mit der freiwilligen Zahlung des Schuldners erloschen. Wir werden weiter unten diese Frage nochmals zu berühren haben bei Erörterung des Verhältnisses von Vollstreckungsgegenklage und Kondiktion. Aus den obigen Erwägungen betreffend die Auslegung des § 767 Abs. 2 ergibt sich aber u. E., daß an dem Wortlaut des Gesetzes in diesem Falle festzuhalten ist, mag daraus auch eine Begünstigung des Schuldners folgen, wie sie vielleicht der Absicht der Justizkommission ferngelegen hat.

Ein Rest der Eventualmaxime ist enthalten in der Vorschrift § 767 Abs. 3, wonach der Schuldner in der Klage alle Einwendungen geltend machen muß, welche er zur Zeit der Klagerhebung vorzubringen imstande war. Es kann zunächst fraglich erscheinen, ob hierdurch auch solche Einwendungen präkludiert werden, welche der Schuldner zur Zeit der Klagerhebung zwar nicht kannte, aber kennen mußte. Im bejahenden Sinne Struckmann-Koch zu § 767 Anm. 6. Immerhin ist der Ausdruck „imstande war" u. E. im Sinne eines subjektiven tatsächlichen Könnens

[1]) Leuthold a. a. O. S. 115.

aufzufassen; wenn also der Schuldner eine Einwendung nicht kannte, so war er nicht „imstande“ sie vorzubringen, mag nun diese Nichtkenntnis auf Fahrlässigkeit beruhen oder nicht. Sofern er aber eine bereits entstandene Einwendung kannte und schuldhafterweise die Vorbringung derselben unterließ, tritt die Präklusion ein. Hiermit übereinstimmend Gaupp-Stein zu § 767 Anm. IV; Neukamp zu § 767 S. 881; Petersen-Anger zu § 767 Anm. 8; Reincke zu § 767 Anm. IIIb. Streitig ist des weiteren, wie die nicht durch § 767 Abs. 3 präkludierten Einwendungen zu behandeln sind. Die herrschende Meinung will ihre Nachbringung im gleichen Prozesse nur insoweit zulassen, als die Vorschriften über Klagänderung nicht im Wege stehen, d. h. soweit der Beklagte einwilligt, oder nach dem Ermessen des Gerichts die Verteidigung des Beklagten durch die Klagänderung nicht wesentlich erschwert wird (§ 264), in der Berufungsinstanz nur, sofern der Gegner einwilligt (§ 527). Vertreter dieser Auffassung sind u. a. Gaupp-Stein zu § 767 Anm. IV; Neukamp zu § 767 S. 881; Petersen-Anger zu § 767 Anm. 8; v. Wilmowski-Levy zu § 767 Anm. 9; Reichsgericht Bd. 55 S. 103/04. Es ist einleuchtend, daß dieser Auffassung zufolge die nicht präkludierten Einwendungen vermöge der die Klagänderung beschränkenden Vorschriften zum größten Teil einem neuen Prozeß zuzuweisen wären. Das ist aber gerade, was nach Ansicht von Hellwig[1]) und Planck (S. 701) die Tendenz des § 767 vermeiden will. Zugleich bezeichnet es Hellwig[2]) als eine „höchst singuläre Abweichung von den allgemeinen im § 767 Abs. 2 angewendeten Rechtskraftsgrundsätzen“, wenn der Schuldner Einwendungen, deren Gründe vor dem ersten Widerspruchsprozeß entstanden sind, welche der Schuldner aber erst später erfahren hat und die daher nicht präkludiert sind, „contra rem judicatam“ in einem weiteren Widerspruchsprozeß geltend machen könnte. Demgemäß wollen beide Autoren die Geltendmachung der nicht präkludierten Einwendungen in dem anhängigen Prozeß als zulässig ansehen. Das ist für sie um so eher möglich,

---

[1]) Anspruch und Klagrecht S. 499.

[2]) Anspruch und Klagrecht S. 500.

als sie als Klagegrund nicht die einzelnen Einwendungen als solche, sondern lediglich die Tatsache, daß Einwendungen gegen den Zivilanspruch bestehen, ansehen.[1]) Sonach wäre in der Nachholung der genannten Einwendungen im anhängigen Prozeß keine Klagänderung zu erblicken. Vom Standpunkt der — in vorliegenden Ausführungen zugrunde gelegten — Substanzierungstheorie ist eine solche Auffassung jedoch nicht zu billigen. In diesem Falle aber hieße es, die Vorschrift des § 264 bezw. § 527 umgehen, wollte man die Nachbringung von nicht präkludierten Einwendungen im bereits anhängigen Widerspruchsprozeß ohne Einschränkung gestatten. Durch eine derartige Interpretation würde man den § 767 Abs. 3 zu einer den in §§ 264, 527 festgelegten Grundsatz durchbrechenden Ausnahmevorschrift ergänzen. Denn im Abs. 3 § 767 ist lediglich bestimmt, welche Einwendungen präkludiert sind. Wie die nicht präkludierten Einwendungen zu behandeln sind, sagt er nicht. Eine solche Auslegung scheint uns aber unzulässig. Vielmehr sind u. E. die nicht präkludierten Einwendungen, soweit sie durch die Vorschriften über die Klagänderung von der Geltendmachung im anhängigen Widerspruchsprozeß ausgeschlossen sind, in einem neuen Widerspruchsprozeß zu erheben. Eine wesentliche Verschärfung der im § 767 Abs. 3 enthaltenen Präklusion von Einwendungen bringt die Auffassung von Falkmann (S. 145) mit sich, welcher überhaupt eine spätere Geltendmachung von Einwendungen im anhängigen Widerspruchsprozeß, auch wenn dabei den Vorschriften über Klagänderung genügt ist, als unzulässig bezeichnet und den Schuldner lediglich auf den Weg einer neuen Vollstreckungsgegenklage verweist. Einer solchen auch vom bayrischen Obersten Landesgericht in Seufferts Arch. Bd. 39 S. 245 vertretenen Auffassung widerspricht mit Recht das Reichsgericht Bd. 55 S. 103/04. Die Tendenz einer Zusammendrängung der im Augenblick vorbringbaren Einwendungen in einer Klage, was die Motive[2]) allein als Absicht des Gesetzgebers bezeichnen, wird auch bei der reichsgericht-

---

[1]) So Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 498; Planck S. 701.
[2]) Hahn S. 437.

lichen Auffassung gewahrt. Außerdem würden aber auch der Ansicht des bayrischen Obersten Landesgerichts und Falkmanns noch insofern Bedenken entgegenstehen, als § 767 Abs. 3 hinsichtlich der nicht präkludierten Einwendungen keine Vorschrift gibt und auch die hier bekämpfte Auslegung u. E. eine unzulässige Ergänzung des Gesetzes enthalten würde.

Das Recht zur Erhebung der Vollstreckungsgegenklage wird ausgeschlossen durch die Beendigung der Zwangsvollstreckung. Mit diesem Augenblick ist der Gegenstand der Klage entfallen. Darüber ist man sich in der Literatur einig. Streitig hingegen ist es, ob die Erhebung der Klage aus § 767 den Beginn der Zwangsvollstreckung, insbesondere die Vornahme von Vollstreckungshandlungen zur Voraussetzung habe. Im bejahenden Sinne Kohler a. a. O. Bd. 72 S. 12; v. Wilmowski-Levy zu § 767 Anm. 3. Jener meint, in Ermanglung der Vornahme von Vollstreckungshandlungen läge kein „Angriff" vor; ferner David a. a. O. Bd. 20 S. 435. Daß bei solcher Auffassung der Vollstreckungsgegenklage dem Schuldner kein ausreichendes Schutzmittel gegen die materiell kausalose Vollstreckung geboten würde, wird mit Recht von Langheineken (S. 183/84) hervorgehoben, welcher die Vollstreckungsgegenklage zulassen will, „sobald ein objektiv begründetes Verteidigungsinteresse in der fraglichen Richtung besteht", ohne Rücksicht auf den Beginn der Vollstreckung.[1]) Auch das Reichsgericht (Bd. 38 S. 428, Bd. 45 S. 344) vertritt die Zulässigkeit der Klage aus § 767, selbst wenn die Zwangsvollstreckung noch nicht begonnen hat, sofern nur „bei Erhebung der Klage ein rechtliches Interesse nachweisbar ist, daß alsbald festgestellt werde, es stehe dem Gläubiger aus dem ergangenen Urteil ein Anspruch nicht zu". Seuffert (zu § 767 Anm. 6a), welcher die Vollstreckungsgegenklage als negative Feststellungsklage ansieht, legt ebenfalls das Feststellungsinteresse als Voraussetzung der Klage zugrunde. Daß es aber selbst bei solcher Auffassung der rechtlichen Natur der Klage des § 767 nicht unbedenklich ist, die Forderung eines Feststellungsinteresses, wie sie § 256 enthält,

[1]) So auch Oertmann, Vollstreckungsgegenklage S. 223.

auf den § 767 zu übertragen, wird mit Recht von Falkmann (S. 383) betont, insbesondere mit der Begründung, es werde der Schuldner andernfalls auf den Weg der Berufung hingedrängt, und dies sollte durch die jetzige Fassung des § 767 im Gegensatz zu § 635 des Regierungsentwurfs vermieden werden. Es ist jedoch eine solche Bindung der Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage an ein Feststellungsinteresse im Sinne des § 256, selbst wenn man Falkmann nicht zustimmt, nur dann diskutabel, wenn man die Klage des § 767 als Feststellungsklage betrachtet. Vollends scheint uns die Einschränkung der Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage, wie sie v. Wilmowski-Levy, Kohler, David vertreten (vgl. oben S. 70), verfehlt in Anbetracht dessen, daß einmal § 767 für eine solche Auffassung keinen Anhalt bietet. Darin daß Abs. 1 des § 767 von dem durch Urteil festgestellten Anspruch redet, wird lediglich klargestellt, daß es sich hier um eine Vorschrift für die Vollstreckungsinstanz handelt, nicht aber, daß der faktische Beginn der Vollstreckung vorausgesetzt wird. Dies verträgt sich auch u. E. mit der Überschrift des 8. Buches der ZPO. Weiter aber wird, wenn man der diesseits vertretenen Auffassung der Unabhängigkeit des Vollstreckungsanspruchs vom Zivilanspruch zustimmt, anzuerkennen sein, daß im bloßen Bestehen des Vollstreckungsanspruchs eine Bedrohung des Schuldners enthalten ist. Ihren ausgesprochenen Schutzzweck wird die Vollstreckungsgegenklage aber nur dann erfüllen können, wenn sie bereits in diesem, dem tatsächlichen Vollstreckungsbeginn vorausgehenden Stadium erhoben werden kann. Übereinstimmend Fitting S. 568 Anm. 6; Gaupp-Stein zu § 767 Anm. IIc; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 492; Neukamp zu § 767 S. 883;[1]) Oetker, Fragen S. 86 N. 1; Reincke zu § 767 Anm. I, 1; R. Schmidt S. 1014; Schwartz S. 106; Weismann S. 98; Willenbücher-Nöldeke S. 341. Daß endlich die Vollstreckungsgegenklage der Verjährung nicht unterliegt, ergibt sich daraus, daß ihr Gegenstand ein prozessualer ist, von einer Verjährung aber nur die Rede sein kann bei Ansprüchen des Privatrechts. In Betracht

[1]) Auch Oertmann, Vollstreckungsgegenklage S. 223.

kommen könnte höchstens eine durch die Prozeßordnung bestimmte Frist, nach deren Ablauf mangels Klagerhebung das Recht zur Klage verwirkt wäre. Eine solche Präklusivfrist ist jedoch in der Zivilprozeßordnung hinsichtlich der Klage aus § 767 nicht enthalten. Im Ergebnis übereinstimmend Gaupp-Stein zu § 767 Anm. III; Neukamp zu § 767 S. 880;[1]) Petersen-Anger zu § 767 Anm. 1; Seuffert zu § 767 Anm. 9.

§ 17.

Im Abs. 1 des § 767 wird für die Vollstreckungsgegenklage die ausschließliche Zuständigkeit des Prozeßgerichts I. Instanz bestimmt. Was hierunter zu verstehen ist, war früher streitig. Während die herrschende Meinung behauptete, es sei damit das Gericht als Ganzes gemeint, wollte das Reichsgericht Bd. 33 S. 356 allein diejenige Kammer des Landgerichts bezw. denjenigen Amtsrichter als zuständig ansehen, welcher im Hauptprozeß über den Anspruch entschieden hatte. In Bd. 45 S. 343 ff. ist das Reichsgericht von seiner früheren Ansicht abgegangen. Bei der Begründung der letzteren hatte sich das Reichsgericht insbesondere auf die Stellung der Motive berufen und dabei ausgeführt, der von den Motiven beabsichtigte Erfolg: die Wahrung des Zusammenhangs zwischen dem Widerspruchs- und dem Hauptprozeß würde mit Sicherheit nicht erreicht werden, wenn es der Geschäftsverteilung des betreffenden Gerichts überlassen bliebe, die Sache an die eine oder andere Abteilung nach freier Wahl zu überweisen (S. 358). Auch glaubte das Reichsgericht aus der Wortfassung „Prozeßgericht" ein Argument für seine Auffassung entnehmen zu können, insofern das Gesetz in einer großen Reihe von Fällen damit den „mit einer bestimmten Rechtssache befaßten Richter (Einzelrichter oder Richterkollegium)" bezeichne. Immerhin sei zuzugeben, daß das Gesetz diesen Ausdruck auch in einem weiteren Sinne gebrauche (S. 357). Daß aber gerade deshalb es bedenklich erscheinen muß, ohne zwingenden Grund dem § 767 die engere Auffassung unterzulegen, wird

[1]) Auch Oertmann, Vollstreckungsgegenklage S. 237.

demgegenüber von Mugdan[1]) eingewandt. Dieser glaubt auch, daß die Motive keinen Anhalt für die höchstrichterliche Ansicht ergeben, da in denselben wohl der Gegensatz zwischen dem mit der Sache befaßten Gericht als Ganzen und den anderen Gerichten, nicht aber ein solcher zwischen den einzelnen Abteilungen oder Kammern ein und desselben Gerichts zum Ausdruck komme.[2]) Dies trifft in der Tat zu für die folgende Erwägung der Motive[3]): „Gegen die Verweisung dieses Verfahrens vor das Vollstreckungsgericht oder das demselben vorgesetzte Landgericht spricht außer den bereits angedeuteten Gründen durchschlagend, daß bei dem ausgedehnten Geltungsbereich der Zivilprozeßordnung die Gerichte eines deutschen Staats in die Lage kommen würden, über die Rechtmäßigkeit und die Aufrechterhaltung der von dem Gerichte eines anderen deutschen Staats abgegebenen Entscheidung zu erkennen". Zweifellos wäre, um derartige Schwierigkeiten zu vermeiden, die Verweisung der Sache an eine bestimmte Abteilung oder Kammer nicht nötig. Aber auch zur Wahrung des Zusammenhangs mit dem vorangegangenen Hauptprozeß scheint uns eine solche Auffassung der fraglichen Kompetenzvorschrift nicht erforderlich. Denn durch die Verweisung an das Prozeßgericht als Ganzes ist die Möglichkeit gegeben, daß die Sache dem Richter bezw. den Richtern des Hauptprozesses zur Entscheidung vorgelegt wird, sofern die Geschäftsverteilung es zuläßt. Zweck der Vorschrift ist u. E. zu verhindern, daß die Sache mit der Klagerhebung ein für allemal diesen Richtern entzogen wird. Nicht hingegen kann es die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, die Entscheidung der Sache einer Abteilung bezw. Kammer vorzubehalten, deren Fortbestehen er selbst nicht zu gewährleisten vermag, da hierfür lediglich die Geschäftsverteilung des betreffenden Gerichts maßgebend ist. Letztere Erwägung hat auch das Reichsgericht (Bd. 45 S. 344 ff.) dahin geführt, seine frühere Entscheidung abzuändern und das Gericht als Ganzes, als Prozeßgericht I. Instanz zu betrachten. Überein-

---

[1]) Zeitschr. f. d. Zivilprozeß Bd. 21 S. 411.
[2]) Ebenda S. 414/15.
[3]) Hahn S. 437.

stimmend hiermit u. a. Struckmann-Koch zu § 767 Anm. 3; Falkmann S. 381.

Die Beurteilung des Klagegrundes der Vollstreckungsgegenklage wird verschieden ausfallen, je nachdem ob man Anhänger der Individualisierungstheorie oder der Substanzierungstheorie ist. Denn im ersteren Falle wird man als Klagegrund bezeichnen das bloße Dasein von Einwendungen gegen den urteilsmäßig festgestellten Anspruch, im letzteren Falle dagegen die einzelne Einwendung an sich. So will Falkmann (S. 398/99), der auch offenbar Anhänger der Substanzierungstheorie ist, die „die Einwendung begründenden Tatsachen" in den Klagegrund einbeziehen. Auf der anderen Seite stellen die Vertreter der Individualisierungstheorie, welche im Vollstreckungsanspruch den Gegenstand der Klage aus § 767 erblicken,[1]) lediglich den durch Fortfall des Zivilanspruchs bedingten Untergang des Vollstreckungsanspruchs bezw. das rechtlich begründete Verlangen auf seine Beseitigung durch rechtsgestaltendes Urteil als Klagegrund hin. Endlich wird man als Anhänger der Substanzierungstheorie, sofern man als Gegenstand der Klage den Vollstreckungsanspruch betrachtet, ebenso wie Falkmann die einzelnen Einwendungen als zum Klagegrund gehörig betrachten.[2]) Nach dieser Verschiedenheit der Auffassung bestimmt sich natürlich die Stellung der Einzelnen zur Frage der Klageänderung. Von dem diesseits vertretenen Standpunkt aus wird als Klagegrund anzusehen sein die Gesamtheit derjenigen Tatsachen, welche eine Änderung der prozessualen Rechtslage im Wege rechtsgestaltenden Urteils begründet erscheinen lassen: also die Gesamtheit der in der Klage geltend gemachten materiellrechtlichen Einwendungen, welche „den Komplex der rechtsbegründenden Tatsachen" in diesem Falle ausmachen. Es folgt daraus für uns, daß der Übergang zu einer neuen Einwendung dem Kläger nach der Klagerhebung nur dann offen steht, wenn (in I. Instanz) der Beklagte einwilligt, oder wenn das Gericht der Ansicht ist, daß durch die Klageänderung die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert werde

[1]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 498; Langheineken S. 182; Seuffert zu § 767 N. 5; Planck S. 699.

[2]) So Gaupp-Stein zu § 767 Anm. 4.

(§ 264) bezw. wenn (in der Berufungsinstanz) der Beklagte einwilligt (§ 527). Im Ergebnis übereinstimmend Goldschmidt S. 63; ferner die Stellung der Motive (Hahn) S. 437: „Behandlung der zu erhebenden Einwendungen als unabänderlichen ... Grundes der Klage".

Mit der hier vertretenen Auffassung von der rechtlichen Natur der Vollstreckungsgegenklage stimmt auch der in der Praxis übliche Wortlaut der Klage überein. Insbesondere lautet der hier in Betracht kommende Passus in der Regel etwa folgendermaßen:

Ich werde beantragen:

I. Die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil vom ... in Sachen ... c/a ... für unzulässig zu erklären.

Unabhängig hiervon ist der Antrag auf Erlaß einer die Einstellung usw. gemäß § 769 verfügenden einstweiligen Anordnung bis zur Erlassung des Urteils auf die Vollstreckungsgegenklage. Eines besonderen Antrages auf Einstellung der Zwangsvollstreckung für die Zeit nach der Urteilsfällung bedarf es nicht, da ein jener Klage stattgebendes Urteil diese Einstellung ohnehin zur Folge hat (arg. § 775 Nr. 1). Der Vollstreckungsgegenklage wesentlich ist also nur der Antrag, daß die Vollstreckung für unzulässig erklärt werde. Der Sprachsinn läßt diesen Wortlaut jedenfalls vereinbar erscheinen mit der Auffassung, daß es sich hier handle um eine Beseitigung des Vollstreckungsanspruchs im Wege richterlicher Entscheidung.

§ 18.

Bereits bei Erörterung des § 767 Abs. 2 war es zutage getreten, daß mangels jeder besonderen Bestimmung des Gesetzes es dem Schuldner, solange die Berufungsfrist läuft, freisteht, ob er den Weg der Berufung oder den der Klage aus § 767 beschreiten will.[1]) Ein Unterschied besteht für ihn nur in dem Umfang der vorzubringenden Einwendungen. Während er bei der Berufung hierin unbeschränkt ist, kann er mittels der letzteren

[1]) So auch R. Schmidt S. 1014.

Klage nur die nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung begründeten Einwendungen geltend machen. Komplizierter wird das Verhältnis von Berufung und Vollstreckungsgegenklage, sobald der eine oder andere Rechtsweg schon beschritten und entweder noch keine oder aber eine den Schuldner abweisende Entscheidung ergangen ist, und es sich nun fragt, ob der Schuldner zu dem anderen Rechtsweg übergehen kann. Zunächst der Fall, daß der Schuldner Berufung eingelegt hat, hierüber aber noch nicht entschieden ist. Sofern man als Gegenstand der Klage aus § 767 den Zivilanspruch betrachtet, stände ihrer Erhebung die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen, da der Zivilanspruch Gegenstand der Berufung ist und die sämtlichen Einwendungen, welche durch Vollstreckungsgegenklage vorbringbar sind, auch in der Berufungsinstanz geltend gemacht werden können. Wenn man hingegen den Vollstreckungsanspruch als Gegenstand obiger Klage ansieht, so kann man mit dem Begriff der Rechtshängigkeit nicht operieren. Denn mögen die zum Klagegrund der Klage aus § 767 gehörigen Einwendungen gegen den Zivilanspruch sämtlich auch in der Berufungsinstanz vorbringbar sein, so ist doch im übrigen der Gegenstand der Vollstreckungsgegenklage ein anderer als der der Berufung. Immerhin würden durch gleichzeitige Einlegung der Berufung und Erhebung der Klage aus § 767 zwei Gerichte mit derselben Frage beschäftigt werden. Denn im Prozeß der Vollstreckungsgegenklage würden nur solche Einwendungen geprüft werden können, welche nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung I. Instanz entstanden sind. Eben dieselben Einwendungen würden aber — neben anderen — der Prüfung des Berufungsgerichts unterliegen. Auf solche gleichzeitige Prüfung derselben Frage bei zwei Gerichten hat der Schuldner aber kein begründetes Rechtsschutzinteresse. Dieses Interesse wird allein schon durch die Verhandlung in der Berufungsinstanz, wo der Schuldner sämtliche Einwendungen vorbringen kann, absorbiert.[1]) Hiergegen wendet Goldschmidt (S. 62/63) ein, es werde durch das bloße Schweben des Berufungsprozesses de

[1]) So auch Seuffert zu § 767 Anm. 4b.

eadem re das Rechtsschutzinteresse der Vollstreckungsgegenklage nicht befriedigt, zumal das Gesetz bei bloßer Zulässigkeit der Berufung das Rechtsschutzinteresse der Vollstreckungsgegenklage bejaht habe. Dem ist u. E. nicht zuzustimmen. Der Fall, daß der Berufungsprozeß schwebt, darf nicht dem vorangehenden Stadium der bloßen Zulässigkeit der Berufung gleichgesetzt werden. Daß das Gesetz dem Schuldner die Wahl zwischen Berufung und Klage aus § 767 läßt, hat lediglich zum Zweck, den Schuldner nicht auf einen Rechtsweg zu zwingen, welcher mit erschwerten Bedingungen (insbesondere Annahme neuer Anwälte) verknüpft ist, solange er sein Ziel auf dem nicht erschwerten Wege der Vollstreckungsgegenklage erreichen kann. Sobald aber der Schuldner das Rechtsmittel der Berufung ergreift, dokumentiert er damit den Willen, die schwereren Bedingungen auf sich zu nehmen, und es ist damit der Grund für die wahlweise Zulassung von Berufung und Vollstreckungsgegenklage, also der Anerkennung eines Rechtsschutzinteresses der letzteren Klage bei Zulässigkeit der Berufung — Vermeidung eines Zwanges gegenüber dem Schuldner — entfallen. Solange der Berufungsprozeß schwebt, ist daher u. E. die Erhebung der Klage aus § 767 unzulässig.[1]) Ist hingegen in diesem Prozeß eine Entscheidung ergangen, so ist zu unterscheiden, ob materiell entschieden, d. h. der streitige Anspruch selbst entgegen der Berufung des Schuldners durch Urteil anerkannt ist, oder ob die Berufung lediglich wegen Mangels der Form- und Fristgerechtigkeit (§ 535) als unzulässig verworfen ist. Im letzteren Fall, welchem die Zurücknahme der Berufung seitens des Schuldners gleichzustellen ist, ist die Berufung als überhaupt nicht eingelegt anzusehen. Ein rechtskraftsfähiges Erkenntnis über den Anspruch bezw. die ihn berührenden Einwendungen ist in der Berufungsinstanz überhaupt nicht ergangen; die Einwendungen selbst haben der Prüfung des Gerichts nicht unterlegen. Die oben diesseits gegen das Vorhandensein des schuldnerischen Rechtsschutzinteresses an der Vollstreckungsgegenklage

---

[1]) Im Ergebnis übereinstimmend Falkmann S. 395/96; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 497; Weismann S. 100.

geltend gemachten Bedenken treffen hier nicht zu, da nach Erlaß der Entscheidung in der Berufungsinstanz die Vollstreckungsgegenklage erhoben werden kann, ohne daß zwei Gerichte mit derselben Rechtsfrage, wenn auch nicht demselben Gegenstand beschäftigt sind. Anders, falls in der Berufungsinstanz eine materielle Entscheidung ergangen ist, welche den Anspruch anerkennt. Durch eine solche würden die sämtlichen in dieser Instanz vorbringbaren, aber nicht vorgebrachten Einwendungen (§§ 278, 230) präkludiert werden. Die vorgebrachten würden aber von der Rechtskraft des Urteils ergriffen und könnten somit nicht mehr in einer Vollstreckungsgegenklage vorgebracht werden. Damit wird nicht gesagt, daß in der Berufungsinstanz über den Gegenstand jener Klage rechtskräftig entschieden werde, ebensowenig wie wir oben bei schwebendem Prozeß Rechtshängigkeit annehmen durften. Gegenstand der Berufung ist der Zivilanspruch, Gegenstand der Klage aus § 767 der Vollstreckungsanspruch. Aber es wäre durch eine aus materiellen Gründen die Berufung zurückweisende Entscheidung rechtskräftig festgestellt, daß die vorgebrachten Einwendungen nicht begründet waren. Demnach wäre insoweit die Vollstreckungsgegenklage ihrer Grundlage beraubt. Sofern die Einwendungen in der Berufungsinstanz vorbringbar waren, aber nicht vorgebracht wurden, sind sie der Geltendmachung durch Vollstreckungsgegenklage gemäß §§ 278, 230 entzogen. Einwendungen, welche in der Berufungsinstanz nicht vorbringbar waren, werden natürlich weder von der Präklusion noch von der Rechtskraft des Berufungsurteils getroffen. Für sie kommt vielmehr, sofern sie erst nach der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz entstanden sind, die Vollstreckungsgegenklage in Betracht. Eine Geltendmachung durch Revision ist ausgeschlossen, da es sich hier um neues tatsächliches Vorbringen handelt, mögen die Einwendungen nun erst nach dem obigen Zeitpunkt entstanden oder ihre Geltendmachung ohne Rücksicht auf die Entstehungszeit dem Schuldner erst dann möglich geworden sein. Für den Fall, daß der Schuldner bereits aus § 767 Klage erhoben hat, wird man bezüglich der Berufung u. E. zu einem anderen Ergebnis gelangen. Auch hier soll zunächst voraus-

gesetzt werden, daß eine Entscheidung über die Vollstreckungsgegenklage noch nicht ergangen ist. Daß die Berufung hier durch Rechtshängigkeit nicht ausgeschlossen wird, mögen in beiden Fällen auch die materiellrechtlichen Einwendungen den Komplex der rechtsbegründenden Tatsachen bilden, wird sich ohne weiteres auch hier für denjenigen ergeben, welcher als Gegenstand der Klage aus § 767 den Vollstreckungsanspruch ansieht. Es wird aber auch von einem Vertreter der gegenteiligen Auffassung, daß bei Berufung und Klage aus § 767 der Gegenstand derselbe sei,[1]) anerkannt, „da mit der Berufung auch die durch § 767 Abs. 2 ausgeschlossenen Einwendungen geltend gemacht werden können". Hieraus ergibt sich u. E. zugleich aber auch das Rechtsschutzinteresse des Schuldners an der Zulassung der Berufung trotz Anhängigkeit der Vollstreckungsgegenklage. Umgekehrt wie im vorigen Falle, wo die Berufung bereits anhängig war, ist hier diejenige Klage bereits Gegenstand des Prozesses, welche auf einem weniger umfangreichen Fundament, eben nur den durch § 767 Abs. 2 zugelassenen Einwendungen beruht, und hier hat der Schuldner ein rechtliches Interesse daran, falls er sieht, daß er mit diesen Einwendungen nicht zum Ziele gelangt, auch die anderen Einwendungen im Wege der Berufung nachzubringen. Scheinbar käme man hierdurch zu dem Ergebnis, daß bei Zulässigkeit gleichzeitiger Verhandlung der Berufung und Vollstreckungsgegenklage über dieselben Einwendungen zugleich von zwei Gerichten entschieden würde. Aber wir glauben darin Seuffert (zu § 767 Anm. 4 b) zustimmen zu müssen, daß in diesem Falle das Rechtsschutzinteresse der weniger umfassenden Vollstreckungsgegenklage fortfällt und diese Klage wegen Mangels dieses Interesses abzuweisen ist. Anderer Ansicht bezüglich der Zulässigkeit der Berufung bei Anhängigkeit der Klage aus § 767 sind Falkmann S. 396; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 497. In dem Falle endlich, daß die Vollstreckungsgegenklage rechtskräftig abgewiesen ist, wird u. E. die Berufung, wenn auch unter entsprechender Beschränkung der sie begründenden Tatsachen, zu-

[1]) Goldschmidt S. 63.

zulassen sein. Die Einrede der Rechtskraft kann auch hier deshalb nicht im Wege stehen, weil es sich nicht um eadem res handelt. Immerhin würde durch die rechtskräftige Abweisung der Vollstreckungsgegenklage festgestellt, daß die zur Begründung des Klagantrags auf Beseitigung des Vollstreckungsanspruchs vorgebrachten Einwendungen gegen den Zivilanspruch nicht begründet waren. Es bezieht sich die Rechtskraft des Urteils auf solche Einwendungen, deren Grund nach Schluß der letzten Verhandlung I. Instanz entstanden war und die vom Schuldner vorgebracht wurden im Wege der Klage aus § 767. Die nach diesem Zeitpunkt begründeten vorbringbaren, aber nicht vorgebrachten Einwendungen werden durch § 767 Abs. 3 präkludiert. Die anderen Einwendungen werden durch die rechtskräftige Abweisung der Vollstreckungsgegenklage nicht berührt. Zwar wird durch diese Abweisung indirekt festgestellt, daß der Zivilanspruch noch besteht; es ist dies aber nach der herrschenden, auch vom Reichsgericht in konstanter Praxis vertretenen und hier zugrunde gelegten Meinung nur so zu verstehen, daß der Anspruch im Rahmen der vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel anerkannt, nicht dagegen über den Anspruch überhaupt entschieden wird. Demnach steht die rechtskräftige Anerkennung des Zivilanspruchs, welche in der Abweisung der Vollstreckungsgegenklage enthalten ist, der späteren Geltendmachung von solchen Einwendungen nicht entgegen, welche im Widerspruchsprozeß nicht vorgebracht wurden. Ob diese Einwendungen zur Begründung der Berufung geeignet sind, wird allerdings, wie gesagt, des weiteren davon abhängen, daß sie nicht durch § 767 Abs. 3 ausgeschlossen sind. Im Ergebnis übereinstimmend Falkmann S. 396; anderer Ansicht offenbar Planck S. 698. Bedingung für die Einlegung der Berufung ist natürlich, daß die Notfrist des § 516 noch läuft. Hieraus ergibt sich auch die Zulässigkeit der Berufung, falls die Vollstreckungsgegenklage deshalb abgewiesen wurde, weil die vorgebrachten Einwendungen bereits vor dem im § 767 Abs. 2 genannten Zeitpunkt entstanden sind. Eine rechtskräftige Entscheidung darüber, ob die Einwendungen an sich begründet waren, ist hier nicht erfolgt. Zu berücksichtigen wird hier nur

sein, ob der Schuldner es nicht unterlassen hat, vorbringbare, der Vorschrift des § 767 Abs. 2 entsprechende Einwendungen geltend zu machen. Diese wären durch die Klagerhebung bereits ausgeschlossen. Alle anderen Einwendungen ständen der Geltendmachung im Wege der Berufung offen. Dies will offenbar auch Planck (S. 698) zugeben. Ebensowenig wie durch die Abweisung der die Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Urteils angreifenden Vollstreckungsgegenklage wegen Mangels begründeter Einwendungen die spätere Berufung überhaupt ausgeschlossen wird, kann die Revision dadurch verhindert werden, daß die den Fortfall oder die Modifikation des in der Berufungsinstanz festgestellten Anspruchs rügende Vollstreckungsgegenklage rechtskräftig durch materielle Entscheidung abgewiesen wird. Denn die Revision stützt sich auf die eng umschriebenen Revisionsgründe, welche durch die rechtskräftige Entscheidung über die Einwendungen des § 767 Abs. 2 sowie die Präklusionsvorschrift des Abs. 3 nicht berührt werden, ganz abgesehen davon, daß es — sofern der Schuldner nicht hinsichtlich der die Vollstreckungsgegenklage abweisenden Entscheidung auf den Rechtsmittelweg verzichtet — unmöglich sein dürfte, eine rechtskräftige Entscheidung der Vollstreckungsgegenklage zu erlangen, bevor die Revisionsfrist des Hauptprozesses abgelaufen ist.

Auch das Verhältnis von Vollstreckungsgegenklage und negativer Feststellungsklage betreffend den Zivilanspruch ist streitig. Es erscheint zunächst wohl möglich, daß dem Schuldner die Wahl freigestellt wird, ob er, falls die Voraussetzungen der Klage aus § 767 gegeben sind, diese Klage oder die negative Feststellungsklage erheben will. Letztere erscheint insofern der Berufung gleichzustehen. Allein man wird sich doch fragen müssen, ob im Falle die Bedingungen der Vollstreckungsgegenklage vorliegen, der Schuldner das zur Erhebung der negativen Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse wird beweisen können. Gewiß wird seine Rechtslage durch das Verhalten des Gläubigers bedroht, der einen Vollstreckungstitel in Händen hat, aber das wirksamere Mittel zu seiner Bekämpfung ist die Vollstreckungsgegenklage. Demnach scheint uns die

negative Feststellungsklage in diesem Falle ausgeschlossen zu sein. So auch Petersen-Anger zu § 767 Anm. 4; anders Neukamp zu § 767 S. 884; Willenbücher-Nöldeke S. 341. Zweifelhaft ist auch die Frage nach der Zulässigkeit der einen Klage, sobald die andere bereits erhoben ist bezw. sobald auf diese bereits eine Entscheidung ergangen ist, welche den Schuldner mit seiner Klage abweist. Zunächst der Fall, daß die negative Feststellungsklage erhoben, eine Entscheidung über sie aber noch nicht ergangen ist.[1]) Insofern man der Klage aus § 767 denselben Klagegegenstand unterlegen will wie der Feststellungsklage, wird man die Zulässigkeit der nunmehrigen Erhebung der Vollstreckungsgegenklage wegen Rechtshängigkeit verneinen müssen, da es sich um eadem res handelt. Allein es ist schon mehrfach hervorgehoben worden, daß die Vollstreckungsgegenklage nur den Vollstreckungsanspruch als solchen zur Entscheidung bringen will, daß dagegen die materiellrechtlichen Einwendungen nur begründungsweise der Entscheidung des Gerichts unterbreitet werden. Unter diesen Umständen kann hier nicht von eadem res die Rede sein. Denn die Feststellungsklage der genannten Art zielt lediglich auf die Feststellung des Nichtbestehens bezw. der Modifikation des Zivilanspruchs ab. Wenn man sonach die Einwendungen vom Gegenstand der Vollstreckungsgegenklage auch nicht trennen kann, so bilden sie doch nicht wie bei der Feststellungsklage den Kernpunkt des Klagegegenstandes. Es wird u. E. auch dem Schuldner die Vollstreckungsgegenklage bei Anhängigkeit der Feststellungsklage nicht wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses zu versagen sein. Denn zwar ist er bei der Klage aus § 256 in der Geltendmachung von Einwendungen nicht beschränkt im Sinne von § 767 Abs. 2 u. 3, es ist insofern die Feststellungsklage das umfassendere Ver-

[1]) Da u. E. bei gleichzeitigem Bestehen der Voraussetzungen für die Vollstreckungsgegenklage a limine das rechtliche Interesse des § 256 abzusprechen wäre, so kann nur der Fall in Betracht kommen, daß zunächst die Voraussetzungen jener Klage nicht gegeben waren, sondern erst nach Erhebung der Feststellungsklage entstanden sind, z. B. der Schuldner hat erst später Einwendungen erfahren, deren Grund nach Schluß der nach § 767 Abs. 2 maßgebenden Verhandlung gelegt war.

teidigungsmittel, aber er kann mit ihr eins nicht erreichen: Aufhebung des Vollstreckungsrechts seines Gläubigers. Daß er aber hieran ein rechtliches Schutzinteresse hat, wird nicht zu bestreiten sein. Demnach dürfte ihm die Möglichkeit, auch jetzt noch aus § 767 zu klagen, nicht verschlossen werden. Hierdurch wird allerdings zunächst das bedenkliche Ergebnis herbeigeführt, daß dieselben Einwendungen gleichzeitig auf doppeltem Wege der richterlichen Entscheidung unterbreitet werden. Allein diese Bedenken schwinden, wenn man anerkennt, daß das Feststellungsinteresse des Klägers nicht nur zur Zeit der Erhebung der Feststellungsklage, sondern zur Zeit der Fällung des Feststellungsurteils vorhanden sein muß. So auch Seuffert zu § 256 N. 2e, zu § 267 N. 4a. Wird aber vor Entscheidung über die Feststellungsklage (genauer: vor Schluß der letzten für diese Entscheidung maßgebenden Verhandlung) aus § 767 geklagt, so fällt in diesem Augenblick das Feststellungsinteresse des Schuldners fort, da er im Wege der Vollstreckungsgegenklage nicht nur die Feststellung des Nichtbestehens des Zivilanspruchs, sondern vor allem darüber hinaus die Aufhebung des gläubigerischen Vollstreckungsanspruchs erreichen kann. — Ist auf die negative Feststellungsklage bereits eine materielle Entscheidung ergangen, so wird aus denselben Gründen, aus denen oben die Rechtshängigkeit bestritten wurde, hier eine die Klage aus § 767 grundsätzlich ausschließende Rechtskraftwirkung des Feststellungsurteils nicht anzuerkennen sein. Trotzdem ermangelt die urteilsmäßige Feststellung nach § 256 nicht der Bedeutung für die Vollstreckungsgegenklage. Wird das Nichtbestehen des Zivilanspruchs rechtskräftig festgestellt, so ist hierdurch eine neue Einwendung für die Vollstreckungsgegenklage geschaffen.[1]) Ist hingegen die Feststellungsklage durch materielle Entscheidung rechtskräftig abgewiesen, so sind nach den Grundsätzen der materiellen Rechtskraft die gegen den Zivilanspruch vorgebrachten, nach §§ 278, 230 die vorbringbaren Angriffsmittel von späterer Geltendmachung ausgeschlossen. Der Schuldner hat aber ein rechtliches Interesse daran, mit den ihm noch ver-

[1]) So auch Gaupp-Stein zu § 767 Anm. IIa; Falkmann S. 11.

bleibenden und durch § 767 Abs. 2 zugelassenen Einwendungen die Aufhebung des gläubigerischen Vollstreckungsanspruchs erlangen zu können. Daher ist in diesem Rahmen die Klage aus § 767 auch nach rechtskräftiger Abweisung der Feststellungsklage zuzulassen. Im umgekehrten Falle, daß nämlich die Vollstreckungsgegenklage erhoben bezw. bereits über sie entschieden ist, glauben wir, sofern zunächst eine Entscheidung über sie noch nicht erfolgt ist, die Zulässigkeit einer Feststellungsklage verneinen zu dürfen. Und zwar sind für uns dieselben Gründe maßgebend, welche uns oben dazu führten, der bereits erhobenen Feststellungsklage mit dem Augenblick der Erhebung der Vollstreckungsgegenklage die Zulässigkeit abzusprechen, sofern sie nicht schon a limine wegen Mangels des Feststellungsinteresses abzuweisen war. So wie dort das Feststellungsinteresse durch Erhebung der Vollstreckungsgegenklage hinfällig wurde, so kann hier dasselbe Interesse wegen Anhängigkeit der letzteren Klage nicht zur Entstehung gelangen. Im Ergebnis übereinstimmend Petersen-Anger zu § 767 Anm. 4; Goldschmidt S. 62; Geib S. 126, wenn auch aus anderen Gründen. — Dagegen Neukamp zu § 767 S. 884; Willenbücher-Nöldeke S. 341; Reichsgericht in Seufferts Arch. Bd. 59 S. 77. — Ist auf die Vollstreckungsgegenklage bereits eine Entscheidung ergangen, welche wegen Fortfalls des Zivilanspruchs den Vollstreckungsanspruch beseitigt, so wird u. E. eine nunmehr zu erhebende Feststellungsklage in jedem Falle des Feststellungsinteresses ermangeln. Ist durch jene Entscheidung die Klage rechtskräftig abgewiesen, so sind damit zweifellos die in derselben vorgebrachten sowie die für den Schuldner vorbringbaren, aber nicht vorgebrachten Einwendungen im Hinblick auf § 767 Abs. 3 endgültig erledigt. Die anderen Einwendungen könnten u. E. auch jetzt noch Gegenstand einer Feststellungsklage sein, sofern nur der Schuldner ein begründetes Feststellungsinteresse nachweisen kann. Will man mit Gaupp-Stein zu § 767 Anm. II a und Falkmann S. 11 eine „den Anspruch verneinende Entscheidung“ zu den Einwendungen des § 767 zählen — wie es u. E. zulässig ist —, so hätte der Schuldner allerdings ein privatrechtlich begründetes Interesse daran, seine an sich noch zulässigen Ein-

wendungen im Wege einer Feststellungsklage vorzubringen, um sich durch ein günstiges Urteil eine Einwendung für eine neue Vollstreckungsgegenklage zu schaffen.

Da die Vollstreckungsgegenklage ein Rechtsbehelf ist, durch welchen gewisse Wirkungen eines Urteils, dessen materiellrechtliche Grundlage fortgefallen ist oder sich geändert hat, beseitigt werden sollen, liegt der Vergleich mit der im § 323 gegebenen Klage nahe. Hier wird der Partei das Recht verliehen, wenn im Falle der Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen eine wesentliche Änderung derjenigen Verhältnisse eintritt, welche für die Verurteilung zur Entrichtung der Leistungen, für die Bestimmung der Höhe derselben oder der Dauer ihrer Entrichtung maßgebend waren, im Wege der Klage die „Abänderung" des Urteils zu verlangen. Die Ähnlichkeit dieser Vorschrift mit § 767 tritt besonders im § 323 Abs. 2 hervor, wo die Grenze der zulässigen Klaggründe ebenso gezogen wird wie im § 767 Abs. 2. Die besondere Kompetenzvorschrift des § 767 Abs. 1 sowie die Anordnung der Eventualmaxime (Abs. 3) fehlt bei § 323. Der Unterschied der Vollstreckungsgegenklage und der Umwandlungsklage aus § 323 ist nun vielfach darin gefunden worden, daß die letztere sich gegen das ergangene Urteil derart richtet, daß dieses im Wege der „Abänderung" aufgehoben werde, da es sich als „inhaltlich objektiv-ungerecht"[1] herausgestellt habe. Ebenso sagt Hellwig[2]: „Das diese Klage von der Vollstreckungsgegenklage unterscheidende Moment liegt darin, daß die letztere die Richtigkeit des Urteils für die Zeit seiner Fällung nicht in Frage stellt, während die auf § 323 gestützte Klage auf Änderung des Urteils geht, weil die von dem Richter als wahrscheinlich vorausgesetzte Gestaltung der Zukunft nicht eingetreten ist". Auf dem gleichen Standpunkt steht Kisch (S. 185): „Dort" — d. h. § 767 — „wird . . . das Erkenntnis in seiner weiteren Wirkung, nämlich in seiner Vollstreckungsfunktion, hier in seinem inneren Kern, d. h. unmittelbar in seiner Rechtsprechungsfunktion ge-

[1] Langheineken S. 261.
[2] Anspruch und Klagrecht S. 167 N. 14.

ändert". Auch Neukamp (zu § 323 S. 339) meint, es handle sich hier um „Aufhebung des rechtskräftigen Urteils". Zunächst vermögen wir nicht anzuerkennen, daß als Grundlage des angefochtenen Urteils die „als wahrscheinlich vorausgesetzte Gestaltung der Zukunft" zu betrachten ist, wie Hellwig meint. Grundlage des Urteils ist die Summe der vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel: der Sachverhalt, so wie er sich dem Richter in der Verhandlung darstellte. Hingegen gehören die vom Richter aus diesem Sachverhalt gezogenen Konsequenzen nicht zur Grundlage des Urteils.[1]) Wollte man dies hier dennoch behaupten, so müßte man das gleiche bei jedem Leistungs- und Feststellungsurteil annehmen. Denn auch hier wird der Richter bei Erlassung des Urteils voraussetzen, daß der zugrunde gelegte Sachverhalt keine Änderung erfährt. Und doch wird man seine Entscheidung nicht als unrichtig bezeichnen, falls hernach Einwendungen gegen den urteilsmäßig festgestellten Anspruch entstehen. Dies hat seinen Grund im Wesen der Rechtskraft. Durch das Urteil wird nicht ein für allemal über das streitige Recht entschieden. Vielmehr wird Gegenstand der materiellen Rechtskraft lediglich die Entscheidung der „Rechtsfrage", ob auf Grund des der gerichtlichen Beurteilung unterbreiteten Sachverhalts das streitige Recht als bestehend oder als nicht bestehend anzusehen sei. Dadurch wird diese Entscheidung aber nicht unrichtig, daß nachher der Sachverhalt eine Änderung erfährt; denn jene bezieht sich nur auf einen ganz bestimmten Zeitpunkt. Das Gegenstück zu dieser dermaßen begrenzten Rechtskraftwirkung ist das Recht der Partei, hinterher zu ihren Gunsten entstandene Gründe zur Erreichung eines neuen Urteils geltend zu machen, durch dessen Rechtskraft diejenige des auf einen früheren Zeitpunkt abgestellten ersten Urteils neutralisiert wird. Auf diesem Boden steht sowohl die Klage aus § 323 wie diejenige aus § 767, und der fast wörtlich gleichlautende Abs. 2 dieser Paragraphen bringt lediglich dieses Prinzip zum Ausdruck. Aus dieser begrenzten Wirkung der Rechtskraft folgt aber auch,

---

[1]) Schwartz S. 72.

daß eine Aufhebung der Rechtsprechungsfunktion[1]) des früheren Urteils auf Grund später entstandener Tatsachen gar nicht möglich ist. Damit fällt auch Neukamps „Aufhebung des rechtskräftigen Urteils".[2]) Zugleich ist es bei Zugrundelegung der obigen Auffassung der Rechtskraft unmöglich, mit Neukamp (zu § 323 S. 336) anzuerkennen, daß § 323 eine Ausnahme von dem Grundsatz der bindenden Kraft rechtskräftiger Urteile darstelle. Wenn Neukamp als Besonderheit der durch § 323 angegriffenen Verurteilung den Umstand bezeichnet, daß sie ihre Wirkung auf die Zukunft erstrecke, so glauben wir dem entgegnen zu dürfen, daß jedem Leistungsurteil diese Eigenschaft innewohnt. Denn das Leistungsurteil als solches hat die Wirkung, daß eine Leistung, da sie noch nicht bewirkt ist, nach Rechtskraft des Urteils, also von einem künftigen Zeitpunkt an zu bewirken ist. Zugleich wird für den Fall der Nichtleistung für denselben künftigen Termin die Zwangsvollstreckung durch das Urteil in Gang gebracht. Ob der als Zukunft bezeichnete Zeitraum länger oder kürzer ist, darf hier u. E. keinen Unterschied machen. Richtig ist ja, daß in dem regulären Leistungsurteil festgestellt wird, daß der Schuldner zur Zeit eine Leistung schuldig ist, während bei der im § 323 bezeichneten Verurteilung festgestellt wird, daß der Schuldner in mehreren künftigen Terminen eine Leistung schuldig sein wird. Aber in beiden Urteilen handelt es sich doch um einen einheitlichen bereits bestehenden Verpflichtungsgrund, aus welchem die einmalige bezw. die künftig fällig werdende wiederkehrende Leistung geschuldet wird. Die zukünftigen Wirkungen des Urteils beziehen sich aber im einen wie im anderen Falle auf die Realisierung dieser Grundverpflichtung, und es läßt sich auch hieraus u. E. ein wesentlicher Unterschied der beiden Urteilsarten, insbesondere hinsichtlich ihrer Rechtskraftwirkung nicht ableiten. Will man aber im § 323 wie im § 767 lediglich einen Anwendungsfall eines allgemeinen Rechtskraftprinzips erblicken, so fragt es sich, ob diese beiden Vorschriften nicht überflüssig

[1]) Kisch S. 185.
[2]) Neukamp zu § 323 S. 339.

waren. Das ist zu verneinen. Für § 767 wird sich dies leichter ergeben als für § 323. § 767 regelt die sonst im Gesetz nicht beantwortete Frage, wie in der Vollstreckungsinstanz solche Tatsachen, welche ein neues rechtskräftiges Urteil zu begründen fähig wären, geltend zu machen sind. Im Interesse der raschen Durchführung dieses Verfahrens wird ein die Zwangsvollstreckung unmittelbar treffendes Urteil ermöglicht und ein forum exclusivum bestimmt nebst Einführung der Eventualmaxime für diesen Sonderfall. Schwieriger liegt die Frage hinsichtlich des § 323. Wenn nach allgemeinem Rechtskraftgrundsatz die Begründung einer neuen Klage mit solchen Tatsachen, welche erst nach Schluß der für das frühere Urteil maßgebenden mündlichen Verhandlung entstanden sind, zulässig ist, so hätte es für die besondere „Verurteilung" zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen keiner besonderen gesetzlichen Anerkennung bedurft. Der Zweck der Vorschrift kann nur liegen in einer Abweichung von der prinzipiellen Beurteilung ihrer Wirkung. Eine solche ist allerdings im Abs. 3 enthalten. Denn während grundsätzlich das neue Urteil zu erlassen wäre mit Wirkung von dem Zeitpunkt an, in dem der neue Klagegrund entstanden ist, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Klagerhebung, hat sich nach § 323 Abs. 3 die Wirkung des Urteils nur auf die Zeit nach der Klagerhebung zu erstrecken, mag auch die klagbegründende Tatsache früher eingetreten sein. In dieser Deutung des § 323 ist u. E. Schwartz (S. 84) beizutreten. Gegenüber den obigen Erwägungen über das Wesen der materiellen Rechtskraft glauben wir auch mit Schwartz (S. 74/75) dem Wortlaut des § 323 („Abänderung") keine entscheidende Bedeutung beilegen zu dürfen, zumal durch Erlassung einer „anderen" Entscheidung allerdings die Wirkung des früheren Urteils — worauf der Zweck der ganzen Vorschrift u. E. gerichtet ist — tatsächlich abgeändert wird. Wir haben versucht zu zeigen, daß die Klagen der §§ 323, 767 auf demselben Boden erwachsen sind. Daß sie im übrigen in ihren Modalitäten voneinander stark abweichen, ergibt sich aus ihrem verschiedenen Zweck: die eine ist Mittel des streitigen Verfahrens, die andere Mittel gegenüber der Zwangsvollstreckung. Daraus ist auch die Vorschrift des § 767

Abs. 3 zu rechtfertigen. § 323 kennt eine entsprechende Vorschrift ebensowenig wie die dem § 767 eigene Kompetenzbestimmung. Ein weiterer Unterschied zwischen beiden Klagen liegt darin, daß die Klage aus § 323 im Gegensatz zur Vollstreckungsgegenklage sowohl dem Kläger wie dem Beklagten des Vorprozesses zusteht und daher sowohl ein positives wie ein negatives Ziel haben kann.

§ 19.

Vollstreckungsgegenklage und zivilrechtliche Kondiktion ergänzen sich gegenseitig zum Schutze des Schuldners gegen eine materiell kausalose Vollstreckung. Wie jene nur zulässig ist, während die Vollstreckung noch schwebt, mag sie auch noch keine konkrete Vollstreckungshandlung zur Folge gehabt haben, so setzt die Kondiktion voraus, daß die Vollstreckung beendigt ist. Will man die Vollstreckungsgegenklage mit einer prozessual gefärbten Kondiktion identifizieren, wie Oetker, Schwartz, Pagenstecher es tun, so wird man diese Abgrenzung natürlich fallen lassen müssen. Es soll nicht verkannt werden, daß hinsichtlich des Vollstreckungsanspruchs die Parallele des abstrakten zivilrechtlichen Anspruchs sehr nahe liegt. Jedoch wurde schon diesseits auf den fundamentalen Unterschied der beiden Ansprüche hingewiesen, welcher darauf beruht, daß der Vollstreckungsanspruch eine Rechtsbeziehung schafft zwischen Gläubiger und Staat, während der abstrakte Zivilanspruch lediglich zwischen Personen des Privatrechts besteht. Auch wurde versucht darzutun, daß der Vollstreckungsanspruch an sich keinen Vermögensvorteil enthalte, wie ihn die Kondiktion voraussetzt. Es kann daher u. E. die Vollstreckungsgegenklage weder mit § 812 Abs. 2 BGB. noch mit Abs. 1 desselben Paragraphen in Zusammenhang gebracht werden. Damit wird nicht bestritten, daß der legislative Grundgedanke sowohl bei § 767 ZPO. wie bei § 812 BGB. derselbe ist: u. a. Schutz des Schuldners in seiner materiellen Rechtssphäre gegen die Folgerungen aus dem strengen Formalrecht. Daß dieses Ziel in § 767 auf anderem Wege erreicht wird als im § 812 BGB., beruht auf der Ver-

schiedenheit der durch den Prozeß einerseits, das Zivilrecht andererseits begründeten Rechtsbeziehungen. An der gleichen Richtung beider Klagen wird dadurch nichts geändert. Beiden ist gemeinsam, daß sie keine „widerrechtliche" Handlung voraussetzen, wie dies §§ 823 ff. BGB. tun. Im Gegenteil, die Klage aus § 812 wendet sich insbesondere gegen solche Vermögensverschiebungen, welche — mit formalem Recht — aus abstrakten Verbindlichkeiten stattgefunden haben bezw. noch stattfinden können, und gibt zu diesem Zweck in Abs. 2 die Kondiktion der abstrakten Verbindlichkeit selbst. Mit Recht spricht der Kommentar von Reichsgerichtsräten zum Bürgerlichen Gesetzbuch[1]) von dem „allen Kondiktionen zugrunde liegenden Grundsatz, einen Ausgleich zwischen formellem und materiellem Recht zu schaffen". Will man aber anerkennen, daß das dem § 767 und das dem § 812 zugrunde liegende Prinzip das gleiche ist, so haben wir ein weiteres Argument gewonnen für unsere Auffassung der rechtlichen Natur der Vollstreckungsgegenklage. Der springende Punkt für uns war die Beantwortung der Frage: Kann die materielle Rechtslage den Grund bilden für die Beseitigung des Vollstreckungsanspruchs im Wege richterlicher Entscheidung, wenn das Vollstreckungsrecht unabhängig vom Zivilanspruch ist? Wir hatten die Frage bejaht mit Rücksicht auf die Zurückbeziehung des Vollstreckungsrechts auf die ganz bestimmte materielle causa. Nichts anderes aber als die obige Frage wird für das Zivilrecht durch § 812 beantwortet: Kann die materielle Rechtslage den Grund abgeben für die Beseitigung eines nur formal bedingten, abstrakten Anspruchs im Wege der Kondiktionsklage? § 812 Abs. 2 bejaht diese Frage ausdrücklich. Da der Prozeß aber der Feststellung und Verwirklichung des Zivilrechts dienen soll, muß in beiden

---

[1]) Vorbem. zu § 812 S. 625. In ähnlichem Sinne auch Staudinger zu § 812 N. I, 4: Ein rechtlicher Grund fehlt dann, wenn eine Vermögensverschiebung „zwar (formell) zu Recht besteht, im Verhältnis zwischen dem Verlierenden und dem Gewinnenden aber als (materiell) ungerecht erscheint". Oertmann Vorbem. vor § 812 N. 2 f.: „Der Leistungszweck ist ... das Freiwerden von der vorhandenen Schuld, und dieser Zweck tritt nicht ein, wenn die Schuld nicht bestand".

Rechtsgebieten die Beurteilung des Verhältnisses von materiellem und formellem Recht die gleiche sein. Der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Klagen aus § 812 BGB. und § 767 ZPO. beruht vor allem darin, daß die Vollstreckungsgegenklage auf Rechtsminderung des Gläubigers durch Beseitigung seines Vollstreckungsanspruchs, die Kondiktion dagegen sowohl auf Rechtsminderung des Gläubigers wie gleichzeitig auch auf Rechtsvermehrung des Schuldners ausgeht. Denn im letzteren Falle wird eine Forderung des Gläubigers, zugleich aber auch eine Verbindlichkeit des Schuldners beseitigt. Aus diesem Grunde kann die Vollstreckungsgegenklage nicht mit der Kondiktion identifiziert werden, mag auch ihr Rechtsgrund der gleiche sein. Demnach ist u. E. daran festzuhalten, daß die Vollstreckungsgegenklage lediglich ein Rechtsbehelf der Vollstreckungsinstanz ist, während die Kondiktion erst nach beendigter Vollstreckung eingreift. Daß eine Vermögensverschiebung durch widerrechtliche Handlung nicht zu den Erfordernissen des § 812 gehört, ist bereits gesagt. Dies im Zusammenhang mit dem erwähnten Grundgedanken sowohl der Kondiktion wie der Klage aus § 767 ZPO. rechtfertigt es, wenn die Kondiktion auch da zugelassen wird, wo der Gläubiger auf Grund eines formalen Rechts handelte, mit Beziehung auf die vorliegende Frage da, wo die eingetretene Vermögensverschiebung sich auf den Vollstreckungsanspruch stützte. Daß die Kondiktion auch eingriffe, wo nach Beseitigung des Vollstreckungsanspruchs durch Urteil im Widerspruchsprozeß es dem Gläubiger trotzdem gelungen wäre, die Vollstreckung weiter zu betreiben, ist selbstverständlich. Da hier der Gläubiger aber nicht einmal ein formales Recht für sich geltend machen könnte, kämen auch Schadensersatzforderungen aus §§ 823 ff. BGB. in Frage, sofern Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Gläubigers feststände. Übereinstimmend hinsichtlich der Zulässigkeit der Kondiktion nach beendeter Vollstreckung Gaupp-Stein zu § 767 Anm. V; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 497; Kohler, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 80 S. 163/64; Petersen-Anger zu § 767 Anm. 9; Planck S. 698/99. Es kann nach Beendigung der Vollstreckung die Klage aus § 812 natürlich nur mit solchen Tatsachen begründet werden, welche

nach Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des zugrunde liegenden Hauptprozesses eingetreten sind (§§ 278, 230). Vorher entstandene Einwendungsgründe sind, sofern sie im früheren Verfahren vorgebracht wurden, durch die materielle Rechtskraft des Urteils von nochmaliger Berücksichtigung ausgeschlossen. Sofern sie nicht vorgebracht wurden, könnte nur der Fall der Wiedereinsetzung gemäß § 233 in Frage kommen. Ist bereits aus § 767 Klage erhoben und wurde derselben stattgegeben, so fehlt es, sofern daraufhin die Vollstreckung eingestellt wurde, der Kondiktion an der Unterlage, wenn nicht bereits eine faktische Bereicherung des Gläubigers auf Grund stattgehabter Vollstreckungshandlungen eingetreten ist. Wurde die Zwangsvollstreckung versehentlich nicht eingestellt, so kommt neben der Kondiktion auch die Klage aus §§ 823 ff. BGB. in Frage. Wurde die Vollstreckungsgegenklage rechtskräftig abgewiesen, so sind dem Schuldner außer den durch §§ 230, 278 hinsichtlich des früheren Prozesses bezw. durch die Rechtskraft des früheren Urteils ausgeschlossenen auch diejenigen Einwendungen verwehrt, welche der rechtskräftigen Entscheidung der Vollstreckungsgegenklage unterlegt wurden, sowie die durch § 767 Abs. 3 präkludierten Einwendungen. Sofern der Schuldner aber andere Tatsachen zum Beweis der Kausalosigkeit geltend zu machen vermag, würde u. E. der Anstrengung einer Klage aus § 812 BGB. auch jetzt nichts im Wege stehen. Aus der bloßen Tatsache, daß der Schuldner die Vollstreckungsgegenklage nicht erhoben hat, ein Hindernis für die Kondiktion nach Beendigung der Vollstreckung herzuleiten, scheint uns nicht angängig. So auch Gaupp-Stein zu § 767 Anm. V; Petersen-Anger zu § 767 Anm. 9; auch wohl Planck S. 699. Es fehlt zu einer solchen Beschränkung des Schuldners jeder Anhalt im Gesetze. Die Kondiktion unterliegt auch hier lediglich den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Es finden daher die beschränkende Vorschrift des § 767 Abs. 3 sowie die besondere Zuständigkeitsvorschrift des § 767 Abs. 1 auf dieselbe keine Anwendung.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.